

مختصر اختلاف العلماء

تصنيف

أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي

رحمه الله تعالى (٣٢١هـ)

اختصار

أبي بكر أحمد بن علي الجصاص الرازي

رحمه الله تعالى (٣٧٠هـ)

دراسة وتحقيق

د. عبد الله نذير أحمد

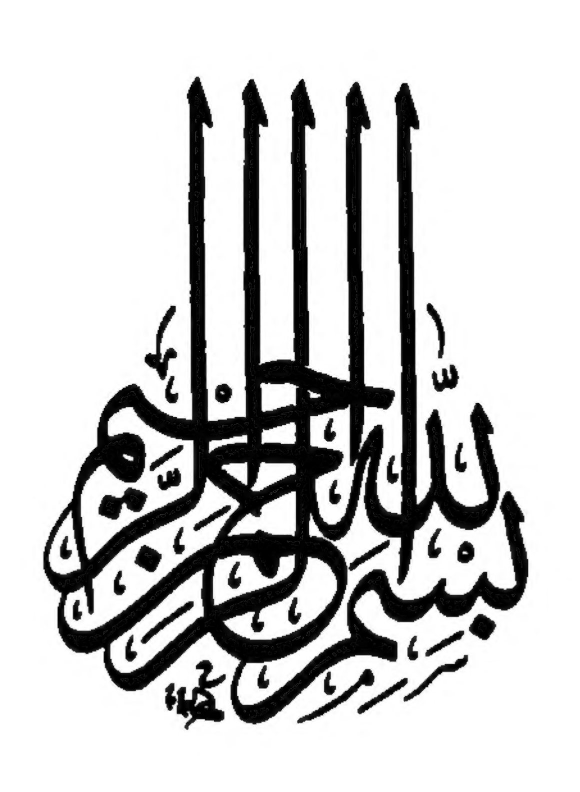
الأستاذ المساعد بقسم الدراسات الإسلامية

كلية الآداب - جامعة الملك عبد العزيز

ينشر لأول مرة عن مخطوطة وحيدة

الجزء الرابع

دار البشائر الإسلامية




مختصر
اختلاف العلماء
٤

الطبعة الثانية
١٤١٧هـ - ١٩٩٦م

دار البشائر الإسلامية

للطباعة والنشر والتوزيع بيروت - لبنان - ص.ب: ٥٩٥٥ - ١٤

كتاب الشركة[1]

[١٦٦٤] [في الشركة بالعروض][2]:

قال أصحابنا: لا تجوز الشركة إلاَّ بالدراهم والدنانير، ولا تجوز بالعروض، وهو قول ابن شبرمة.

وقال البتي: تجوز الشركة بالعروض.

وقال مالك: تجوز الشركة بالعروض، ولا تجوز بالطعام وإن تساويا، وسواء كان نوعاً واحداً، أو أنواعاً مختلفة، ولا تجوز الشركة ومن أحدهما دنانير، ومن الآخر دراهم، وإن كانت القيمة سواء؛ لأن الطعام بمنزلة الصرف.

وقال الثوري: لا تجوز الشركة بالعروض / ، ولا تكون إلاَّ بالدراهم [ص ١٧٣] أو بالدنانير، أو دنانير بدراهم فيخلطانها، يعني: يتبايعان نصف الدراهم بنصف الدنانير.

وقال الأوزاعي: لا تجوز بالعروض إلاَّ أن يكون قمحاً أو زبيباً، فيخلطان جميعاً.

---

(١) ... وشرعاً عرفها الحنفية بأنها: «اختصاص اثنين فأكثر بمحل واحد».
وعرفها الرملي بأنها: «ثبوت الحق شائعاً في شيء واحد أو عقد يقتضي ذلك». وتنقسم الشركة إلى أقسام منها ما اتفق ومنها ما اختلف. انظر: المبسوط، ١١/ ١٥٥؛ نهاية المحتاج، ٥/ ٣؛ التوقيف (شرك).

(٢) انظر: المبسوط، ١١/ ١٦٠؛ المدونة، ٥/ ٥٤؛ المزني، ص ١٠٩؛ الإشراف لابن المنذر، ١/ ٦٣؛ والعروض، مفرده العرض بالسكون، وهو كل ما سوى الدراهم والدنانير. المصباح (عرض).

وقال الحسن بن حي: لا تكون الشركة بالعروض إلاَّ أن يبيع كل واحد منهما نصف متاعه بنصف متاع الآخر، أو تكون عروضاً مما يختلط: كالحنطة والشعير، والزيت، والسمن، والدراهم، والدنانير، إذا اختلطا فلم يعرف ذا من ذا، فيصيرا شريكين.

وقال الشافعي: لا تجوز الشركة في العروض، ولا فيما يرجع في حال المفاضلة إلى القيمة، إلاَّ أن يبيع نصف عرضه عرض الآخر ويتقابضا، ولا تجوز الشركة إذا كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير.

قال أبو جعفر: لا تجوز بالعروض؛ لأنه بمنزلة من قال: بع نصف عرضك علىٰ أن يكون ثمنه لي، ويصح في الدراهم والدنانير أن يقول: اشتر لي بدراهمك عبداً.

وقول مالك فاسد؛ لأن الدراهم يدخلها الربا، والشركة بها جائزة.

[١٦٦٥] في الشركة قبل الخلط[1]:

قال أصحابنا: تصح الشركة قبل الخلط للدراهم والدنانير إذا عينا المال، وأحضراه.

وقال زفر: لا تنعقد حتى يختلطا.

وقال أصحابنا: أيهما هلك قبل الخلط بعد الشركة، فهو من مال صاحبه خاصة.

وقال مالك: إن كانا جعلا لكل واحد من المالين في صرة، ثم قبضهما أحد الشريكين، فالمصيبة عليه خاصة[2].

---

(١) انظر: المبسوط، ١١/١٥٤؛ الكافي، ص ٣٩٠؛ المزني، ص ١٠٩.

(٢) ذكر ابن عبد البر عن مالك ما يخالف هذا: «قال مالك: ولو جعل كل واحد من الشريكين ماله في صرة على حدة، ثم قبض أحد الشريكين الصرتين، وذهبت إحدى الصرتين فالمصيبة منهما جميعاً».

وقال الثوري: لا تصح الشركة حتى يختلطا.

وقال الشافعي: لا تصح الشركة إلّا بالخلطة.

قال أبو جعفر: إذا لم يخلطا، فمال كل واحد منهما على ملكه، فإن كان في أيديهما فالقابض أمين، فهلك من صاحبه دونه.

[١٦٦٦] في التفاضل في الربح[١]:

قال أصحابنا، والحسن بن حي: إذا اشتركا شركة عنان[٢] على أن يعملا وتفاضلا في الربح، جاز، وإن كان رأس المال منهما سواء.

وقال مالك: إذا كان رأس المال من عند أحدهما الثلث، ومن الآخر الثلثين، على أن يعملا نصفين، والربح نصفان فلا خير في هذه الشركة.

ولا يجوز عنده التفاضل في الربح مع التساوي في رؤوس الأموال.

قال الشافعي: إذا اشتركا: مائة، ثمانين، على أن الربح نصفان، فالشركة / فاسدة. [ص ١٧٤]

قال أبو جعفر: لما لم تجز المضاربة إذا شرط على رب المال، كذلك في الشركة إذا كان عمل الآخر مشروطاً، لم يجز أن يستحق ربح المال الآخر؛ لأن المضاربة لا تصح على هذا الوجه.

[١٦٦٧] في شركة العنان بين الذمي والمسلم[٣]:

قال أصحابنا: هي مكروهة، وتجوز، وهو قول البتي، والشافعي.

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٠٧؛ المبسوط، ١١/١٥٧؛ المدونة، ٥/٦٢؛ الكافي، ص ٣٩١؛ المهذب، ١/٣٥٣.

(٢) شركة العنان: أن يشترك اثنان في شيء خاص معلوم، «دون سائر أموالهما، كأنه عَنّ لهما شيء فاشترياه مشتركين فيه». المغرب؛ الصحاح، (عنن).

(٣) انظر: المختصر، ص ١٠٧؛ المدونة، ٥/٧٠؛ الإشراف لابن المنذر، ١/٦٧.

وقال مالك: لا تجوز شركة المسلم للنصراني إلاَّ أن يكون النصراني يتصرف بحضرته، لا يغيب عنه.

وقال الثوري: ما يغيب عنه فلا يعجبني.

[١٦٦٨] في شرط الفضل في الوضيعة:

قال أصحابنا، والحسن بن حي: الوضيعة على المالين بعددهما وشرط الفضل باطل، والربح على ما اشترطا، وهو قول البتي.

وقال مالك: الشركة فاسدة، وكذلك قال الشافعي.

قال أبو جعفر: كل ما لا يصح من العقود إلاَّ بالقبض، لم يفسده الشرط، كالعمري، والهبات، والصدقات، كذلك الشركة إذا لم تصح بالقول دون إحضار المال والقبض، وجب أن لا يفسدها الشرط.

[١٦٦٩] في شرط العمل على أحد الشريكين[١]:

قال أصحابنا: هي جائزة، فإن كان من أحدهما ألف، ومن الآخر ألفان، فشرط العمل على صاحب الألفين، على أن الربح نصفان، كان الربح على رؤوس الأموال، والشرط باطل، وإن كان العامل الآخر، فشرط الربح نصفين، جائز.

وقال مالك: لا يجوز شرط العمل على أحدهما، فإن [اشترط][٢] عليهما العمل على أن المال عند أحدهما، [فغير جائزة][٣].

---

(١) انظر: المبسوط، ١١/١٥٨؛ المدونة، ٥/ ٦٠، ٦١.

(٢) في الأصل: (الشرط).

(٣) ما بين المعقوفتين مزيدة، لاستقامة العبارة.

وفي المدونة: «إن كان هذا الذي اشترط أن يكون المال على يديه هو الذي يشتري ويبيع دون صاحبه فأرى الشركة على هذا الشرط غير جائزة».

وقال الثوري: إذا كان في الشرط أن يعمل أحدهما دون الآخر، فهو فاسد.

وقياس قول الشافعي: إنها لا تجوز إلاَّ على المساواة في العمل كما لا تجوز إلاَّ على المساواة في الربح.

قال أبو جعفر: المضاربة لا يجوز فيها شرط عمل رب المال. والقياس: ألا تجوز الشركة مع شرط إخراج يد أحد الشريكين.

[١٦٧٠] في نفقة أحد الشريكين[١]:

قال أصحابنا: ينفق كل واحد منهما من مال نفسه، ويغرم لشريكه حصته ما أنفق من الجملة.

وقال مالك في المتعاوضين: إذا كان لكل واحد منهما عيال، ألغيا نفقتهما، وإن كان أحدهما وحده ولا عيال له، وللآخر عيال وولد، حسب كل واحد ما أنفق.

[١٦٧١] في شركة الوجوه[٢]: / [ص ١٧٥]

قال أصحابنا: شركة الوجوه جائزة، والربح على قدر ما يقع من المال بالشراء، لكل.

وقال الحسن بن حيّ: شركة التاجرين جائزة بغير مال.

وقال مالك: لا تجوز الشركة إلاَّ بمال متساوٍ إذا حضرا جميعاً الشراء وكان أحدهما حميلاً بالآخر.

---

(١) انظر: المدونة، ٥/٦٨.

(٢) شركة الوجوه: «وتسمى شركة المفاليس: وهو أن يشترك الرجلان بغير رأس مال على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعا، وسميت بهذا الاسم على معنى أن رأس مالهما وجههما...». المبسوط، ١١/١٥٢.
انظر: المبسوط، ١١/١٥٤؛ المدونة، ٥/٤١؛ المزني، ص ١٠٩.

وقال الشافعي: لا تجوز الشركة إلاّ بالدراهم والدنانير مختلطين.

[١٦٧٢] في شركة الأبدان[1]:

قال أصحابنا: تجوز شركة الأبدان في الصناعات، اتفقت أو اختلفت عملاً في موضعين، أو موضع واحد، ولا تجوز في الاصطياد والاحتطاب، ونحوه.

وروي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال: كل ما تجوز فيه الوكالة، تجوز فيه الشركة، وما لا تجوز فيه الوكالة، لا تجوز فيه الشركة، وما تجوز فيه الشركة من الصناعات: نحو الخياطة، والقصارة، فإنه سواء، عملا جميعاً أو أحدهما، فما حصل من فضل، فهو بينهما نصفين.

وقال مالك: تجوز الشركة على أن يخيطا أو يصطادا، إذا كانا يعملان جميعاً في موضع واحد، وكذلك إذا اشتركا في صيد البزاة والكلاب، إذا كان الكلب أو البازي بينهما نصفين، يكون البازيان متعاونين، والكلبان متعاونين على صيد واحد.

وقال مالك: لا تجوز الشركة بين حَدّادٍ وقَصّار، وإنما تجوز في صناعة واحدة، يعملان جميعاً فيها في موضع واحد، فإن عملا في موضعين، أو كانت صناعتين، لم تجز الشركة.

وقال مالك: يجوز أن يشترك المعلمان في تعليم الصبيان إذا كانا في موضع واحد، وإن تفرقا في مجلسين، فلا خير فيه.

وقال الحسن بن حيّ، والليث: شركة الأبدان لا تجوز إلاّ بالدراهم أو الدنانير، ويختلط المالان.

فهذا يدل على أنه لا يجز شركة الأبدان.

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٠٧؛ المدونة، ٥/ ٥٠، ٥١.

[١٦٧٣] في تصرف شريك العنان[1]:

قال أصحابنا: ما اشتراه أحد شريكي العنان على الشركة، فهو لهما، وما اشتراه من غير تلك التجارة، فهو له خاصة، وإن أقرّ أحدهما بدين في تجارته جاز عليه خاصة، وليس على المنكر منه شيء، وإن كان لهما دين على رجل، فأخّره أحدهما، لم يجز تأخيره على الآخر إلاَّ برضاه، ولا يكون أحدهما خصماً فيما تولاه الآخر في رد بعيب ولا مطالبة بثمن ولا غيره، وفي المعاوضة يلزم جميع ذلك الشريك الآخر.

وكان مالك: لا يعرف شريك العنان ولا أحد من أهل الحجاز، وإنما الشركة: شركة المفاوضة، وإذا باع أحد الشريكين / فللمشتري أن يرد بالعيب [ص ١٧٦] على الآخر إذا كان البائع غائباً، فإن كان مقيماً أو كانت غيبته يوماً، فإنه ينتظر حتى يأتي، لعل له حجة، فإن جحد أن يكون باعه شريكه، وبه العيب، حلف على العلم.

وقال الشافعي: يلزم إقرار أحد الشريكين الآخر، وهو لا يعرف شركة العنان[2].

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٠٧؛ المبسوط، ١١/١٦٧، ١٧٣؛ الأم، ٣/٢٣١؛ المهذب، ١/٣٥٢؛ المدونة، ٥/٦٨؛ الكافي، ص ٣٩٢.

(٢) ذكر المؤلف عن الإمام مالك والشافعي أنهما لا يعرفان شركة عنان، وقد قال الشافعي في شركة المفاوضة: «إلاَّ أن يكونا شريكين يعدان المفاوضة خلط المال والعمل فيه واقتسام الربح، فهذا لا بأس به، وهذه الشركة التي يقول بعض المشرقيين لها شركة عنان. .». الأم.

وقال ابن عبد البر عن مذهب مالك: «إذا اشتركا شركة عنان في سلعة موصوفة أو بعينها، لم يكن لأحدهما بيعها بغير إذن صاحبه. . .». الكافي.

ونص المدونة: «. . . هل كان مالك يعرف شركة عنان؟ قال: ما سمعته من مالك ولا رأيت أحداً من أهل الحجاز يعرفه. . .».

قال أبو جعفر: إن كان الآخر خصماً عن البائع، فهو كالوكيل، ينبغي أن لا يختلف حكمه في حال حضوره وغيبته.

[١٦٧٤] في خصومة أحد شريكي الصناعات فيما تولاه الآخر[1]:

قال أصحابنا: أيهما تقبّل بالعمل، فلرب المال مطالبة الآخر به، وأيهما ما دفع الثوب، فله أن يطالب الآخر، وإذا جنت يد أحدهما، فالضمان عليهما، ذكره بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة. فإن أقر أحدهما بثوب في يدهما، إن هذا دفعه إليه ليعمله وقال الشريك الآخر: هو لي، صدق المقر، ودفع الثوب إلى المقرّ له استحساناً، كالمتفاوضين، ألا ترىٰ أن له أخذ كل واحد منهما بجميع العمل، ورواه محمد كذلك.

وقال مالك في القصارين: إذا اشتركا في حانوت، فمرض أحدهما من عمل الآخر، فالعمل بينهما، ولا بأس بذلك.

وكذلك إن غاب أحدهما يوماً أو يومين، وعمل الآخر.

وقال أصحابنا: إذا مرض أحدهما أو غاب، فعمل الآخر بينهما.

[١٦٧٥] في الشركة على أعيان الأدوات[2]:

قال أصحابنا، ومالك، والشافعي: لا تجوز الشركة على فعل من أحدهما وبعين من الآخر، على أن يؤاجرهما، ويكون الأجر نصفين.

قال أبو جعفر: وذلك؛ لأن الوكالة على هذا الوجه لا تصح.

وقال أصحابنا: وتجوز الشركة على أن آلة القصارة من عند أحدهما،

---

(١) انظر: المبسوط، ١١/١٥٥؛ المدونة، ٥/٤٧.

(٢) انظر: المبسوط، ١١/٢١٩.

والبيت من الآخر، على أن يعملا بأداة هذا، في بيت هذا، على أن الكسب نصفان؛ لأن الآلة في هذا الموضع ليس مما يؤخذ أجره، وكذلك البيت. والأجرة مأخوذة عن الفعل، وفي البغل والبعير مأخوذ من البغل والبعير.

وقال مالك: هذا لا يجوز أيضاً.

[١٦٧٦] في شرط المزارعة(١):

قال أبو يوسف ومحمد: لا يستحق بعض الخارج بالشرط إلَّا عن الأرض، أو عن الرجل، ولا يستحق عن البقر والآلة ورب البذر، ويستحق بغير شرط، ومتى فسدت المزارعة، كان الخراج، لصاحب البذر، وللباقي أجر المثل عليه من أرض أو عامل.

وقال مالك: إذا / كانت الأرض من عندي والبقر من عند شريكي، والبذر [ص ١٧٧] من عندنا جميعاً، والعمل علينا جميعاً، أنه جائز إذا كان كراء الأرض والبقر سواء، وإن كان أحدهما أكثر كراء، لم أحبه.

ويجوز عنده: إذا أخرج أحدهما الأرض، والآخر البقر، والآخر العمل، إذا كان البذر بينهم أثلاثاً، وتكافؤا في العمل، وإن كان البذر من عند أحدهم، لم يجز بحال.

ولا تصلح الشركة في الزرع عند مالك، إلَّا أن يكون البذر بينهما، ويتكافآن فيما بعد ذلك من العمل، فإن كان البذر من عندهما، ومن عند الآخر الأرض وجميع العمل، لم يجز لصاحب الأرض، ويعطي هذا بذرهما.

وقال الأوزاعي: إذا كان لأحدهما ماء، وللآخر أرض، اشتركا على أن ينبتا الأرض والماء، فيكون عمل تلك الأرض ونفقتها عليهما سواء، فهو جائز.

وقال الليث: إذا كان من عند أحدهما الأداة، ومن عند الآخر العمل، فإنه

---

(١) انظر: المبسوط، ١٣/١٩؛ الكافي، ص ٣٧٩، ٣٨٠؛ الأم، ٤/١٣.

ينظر إلى قيمة العمل، وأجرة الآلة، فيترادان الفضل. وإن كانت الأرض من عند أحدهما، أو كانت تكرى مثلها، أقيم له كراها، جاز عليه نصف الكراء.

وقال الشافعي: إذا اشترك أربعة نفر: لأحدهم البذر، وللآخر الأرض، وللآخر [البقر][1]، وللآخر عمل يده. فالشركة فاسدة، والربح لصاحب البذر، وللآخرين إجارة أمثالهم.

قال أبو جعفر: إنما تجوز المزارعة على أن تكون الأرض مستأجرة، ويكون الرجل مستأجراً، فإذا خرج عن ذلك، لم تصح، إلاَّ أن محمداً قال: إذا كان من عند أحدهما الفدان، ومن الآخر العمل، ومن الآخر البذر، وعليه أجرة المثل لهؤلاء، فكان ينبغي أن لا يفسدها بين صاحب الأرض لفسادها، فيما بين صاحب البقر، وبين صاحب الأرض.

كما قال في المضاربة: إذا وقعت بين صاحب المال، وبين المضارب على أن للمضارب ثلث الربح، ولرب المال ثلث الربح، ولرجل آخر شرط عمله في المزارعة ثلث الربح، أن المضاربة جائزة، ولرب المال ثلثي الربح، وللمضارب ثلثه، وللآخر أجرتا مثله، فلم تفسد المضاربة فيما بين رب المال، وبين المضارب، لأجل فسادها فيما بينه وبين الآخر.

[١٦٧٧] في الصانع يقعد في حانوته من يعمل معه بالنصف[2]:

قال أصحابنا: في صانع أو خياط يقعد معه في حانوته رجلاً، يطرح عليه العمل بالنصف، أنه جائز استحساناً.

وقال مالك، والأوزاعي، والشافعي: لا يجوز.

---

(١) في الأصل: (الفدان)، والمثبت من نصوص الشافعي في المسألة.

(٢) انظر: المبسوط، ١١/١٥٩؛ الكافي، ص ٣٩٣.

[١٦٧٨] في شركة المفاوضة[1]:

قال أصحابنا: شركة المفاوضة جائزة، وشرطهما أن يستويا في المال الذي يجوز انعقاد الشركة وفي التصرف، فيكون حينئذٍ كل واحد منهما وكيلاً لصاحبه في التصرف، والخصومة، وضامناً عنه ما يلزمه من جهة العقود الداخلة في المفاوضة، وما كان ضمانه في معنى ضمان العقود، ويجوز عندهم المفاوضة في شركة الوجوه والأبدان أيضاً.

فإن وزن أحدهما بعد المفاوضة دراهم أو دنانير، فسدت المفاوضة في الوجوه.

وإن وزن عروضاً، لم تفسد.

وقال ابن أبـي يعلىٰ: إذا اشتركا شركة مفاوضة، ولأحدهما ألف درهم، وللآخر ألفان، فهذه مفاوضة جائزة، والمال كله بينهما نصفان، فإن اشتركا في جميع الأشياء فقد تفاوضا، وإن اشتركا في نوع واحد من التجارة، متفاوضان في ذلك النوع.

وتصح المفاوضة على الثلث، والثلثين، ولا يفسدها أن يكون مال أحدهما أكثر من مال الآخر... وإن اشترى أحدهما جارية لنفسه من مال الشركة، فصاحبه مخيّر: إن شاء أمضاه، وإن شاء ردّه إلى الشركة... وإن اشترى طعاماً ليأكله، كان له خاصة.

---

(١) المفاوضة لغة: المساواة والانتشار، ومنه قولهم: الناس فوضى، أي مستوون، ومنه قولهم: تفاوض الرجلان في الحديث: إذا شرعا فيه جميعاً، ويقال: فاض الماء، إذا انتشر.
وشرعاً: «هي ما تضمنت وكالة وكفالة، وتساويا: مالاً وتصرفاً وديناً».
انظر: تصحيح التنبيه، ص ٧٥؛ المصباح؛ التعريفات (شرك)؛ المبسوط، ١١/١٥٢.
انظر المسألة: المختصر، ص ١٠٨؛ المبسوط، ١١/١٥٣؛ اختلاف أبـي حنيفة وابن أبـي ليلىٰ، ص ٩٣؛ مصنف عبد الرزاق، ٩/٢٥٩؛ الأم، ٣/٢٣١؛ المزني. ص ١٠٩.

وقول الثوري في المفاوضة، كقول أصحابنا، إلاَّ أن شرط الشركة عنده: أن يخلطا المالين.

وقال الحسن بن حيّ: في المتفاوضين يقول كل واحد منهما لصاحبه: أنت في مالي بمنزلتي، فيصيران شريكين متفاوضين، ولا بأس أن يأخذ كل واحد منهما من المال ما شاء من غير أن يحسبه على نفسه، وليس بينهما حساب مما أخذا، ويؤخذ كل واحد منهما بدين صاحبه.

وقال الشافعي: لا تجوز شركة المفاوضة بحال.

قال أبو جعفر: وذكر لنا بكار بن قتيبة أنه سمع أبا عاصم النبيل، وقال له رجل: ما معنى شركة العنان؟ فقال: هي كلمة تطرف بها أهل الكوفة: يريد أنهم أحدثوها للفرقة بين المفاوضة والعنان، فذكرته لابن أبي عمران فقال: ما قال شيئاً، وإنما هو مأخوذ من عنان الدابة، الذي يحبسها به راكبها، عما لا يريده؛ لأنه يمنع نفسه بها عن التصرف في سائر الوجوه الأخر، ومنعه أن يتصرف عليه من غير الوجه الذي تعاقدا عليه.

[ص ١٧٨] وقال نابغة بن جعدة: /

وشاركنا قريشاً في تقاها وفي أحسابها شرك العنان[1]

فإذا كانت شركة العنان موجودة في اللغة، فقد دل على أن هناك شركة غيرها، وهي المفاوضة، فتجوز المفاوضة، كما جاز العنان، إلاَّ أن المفاوضة أعم، وإذا جاز العنان مع ما فيها من الجهالة، جازت المفاوضة.

[١٦٧٩] في كفالة أحد المتفاوضين[2]:

قال أبو حنيفة: إذا كفل أحد المتفاوضين بمال، لزم صاحبه.

(١) لسان العرب، (عنن).

(٢) انظر: المبسوط، ١١/١٥٣؛ الكافي، ص ٣٩٢.

وقال أبو يوسف، ومحمد، ومالك: لا يلزم في عارية المفاوض.

قال أصحابنا: للمفاوض أن يعير استحساناً، وكذلك العبد المأذون له.

وقال مالك: لا يجوز إلاّ في الشيء الخفيف، أو يخبر به في الاستبراء، فلا يضمن، وإن صنع ذاك من غير التجارة، ضمن.

[١٦٨٠] في شركة المفاوض[١]:

قال أصحابنا: للمفاوض أن يشارك آخر شركة مفاوضة أو عنان، ويجوز على شريكه.

وقال مالك: لا يجوز.

[١٦٨١] فيمن قال ما اشتريت من شيء فهو بيننا نصفان أو لم يؤقت[٢]:

قال بشر بن الوليد عن أبي يوسف في الإملاء: إذا قال: ما اشتريت اليوم فبيني وبينك.

فإن أبا حنيفة قال: هو جائز، وكذلك إن لم يؤقت يوماً، ووقّت مالاً، وكذلك إن وقت صنفاً من الثياب وسمى عدداً، ولم يسم ثمناً ولا يوماً، فهو جائز.

وإن قال: ما اشتريت، ولم يسم شيئاً، فهو بيني وبينك فإن أبا حنيفة قال: لا يجوز إلاّ أن يشتركا، فيقولا: ما اشترينا أو اشترى لنا، أو اشترى واحد منا من تجارة، فهو بيننا، فهذا جائز، وهو قول أبي يوسف. وإن قال: ما اشتريت اليوم، فهو لي، لم يجز. ولو قال: ما رأيت أن تشتريه اليوم لي، فاشتره، جاز إذا جعل المشيئة إلى الوكيل.

---

(١) انظر بالتفصيل: المبسوط، ١١/ ١٨٢، ١٨٣.

(٢) انظر: المبسوط، ١١/١٦٧؛ المهذب، ١/ ٣٥٣.

وقال محمد في الإملاء: إذا قال: ما اشتريت من شيء، فهو بيني وبينك، وذلك بينهما على الأبد حتى يخرجه الشريك، ولم يحك خلافاً، وكذلك قول الليث.

وقال مالك: لا يجوز، ولا تعجبني شركة الوجوه.

وقال الشافعي: إذا قال: ما اشتريت من شيء، فهو بيني وبينك، لم يقع شركة، وما اشترى من شيء، فهو له خاصة.

قال أبو جعفر: تقع البضاعة والمضاربة على وجه التفويض، كذلك التوكيل.

[ص ١٧٩] **[١٦٨٢] / في الدين بين الرجلين[1]:**

قال محمد عن أصحابنا: إذا أقبض أحدهماشيئاً شَرِكَه الآخر فيه، فإن سلمه له لم يكن له أن يرجع عليه، حتى ينوي ما على المطلوب، فإذا نوى رجع عليه بنصف ما قبض.

وقال أبو يوسف في الإملاء عن أبي حنيفة: إن سلم له فله أن يعود حتى يشاركه فيما أخذ.

وقال الشافعي: يشاركه الشريك الآخر فيما قبض.

وقال مالك: إن قبضه بأمر السلطان، لم يشاركه، وإن قبضه بغير أمر سلطان، شاركه.

قال مالك: وكذلك إن أمره الشريك أن يخرج معه في اقتضائه، أو يوكل، فلم يفعل، فإنه لا يشاركه فيما قبض.

---

(١) انظر: المبسوط، ١١/ ٢١٤؛ المزني، ص ١٠٩.

[١٦٨٣] في أحد الشريكين في الدين يأخذ بنصيبه عرضاً:

قال أصحابنا: إذا صالح أحد الشريكين من نصيبه من الدين على عوض، فإن للشريك الآخر أن يأخذ نصفه، إلَّا أن يشاء القابض أن يعطيه نصف نصيبه من الدين، وإن اشترى منه بنصيبه عوضاً رجع عليه شريكه بنصف نصيبه من الدين لا غير.

وقال زفر: الشراء والصلح سواء، ويرجع بنصف نصيبه من الدين.

وقال مالك: كقول زفر في الصلح.

[١٦٨٤] في تأخير أحد الشريكين[1]:

قال أبو حنيفة: في الشريكين في الدين إذا أخذهما الغريم بنصيبه، لم يجز.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز، وهو قول مالك.

وقال زفر، والشافعي: لا يجوز تأخير دين أصله حال.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن حلّ ما أخر، كان له أن يرجع على الشريك بنصف ما قبض، وإن شاء رجع بنصيبه على الغريم.

وقال مالك: إذا نوى ما على الغريم من حصته الذي أخر وقد اقتضى صاحبه نصيبه، لم يرجع عليه بشيء مما قبض.

آخر الشركة

● ● ●

---

(١) انظر: المبسوط، ١١/١٧٤؛ المدونة، ٥/٧٣، ٧٤.

[ص ١٨٠]

/ كتاب المزارعة[1]

[١٦٨٥] [في المزارعة والمساقاة][2]:

قال أبو حنيفة وزفر رحمهما الله لا تجوز المزارعة ولا المساقاة.

وقال ابن أبي ليلى، والثوري، وأبو يوسف، ومحمد رحمهم الله: تجوزان جميعاً.

وقال محمد: لا تجوز المزارعة في الأرض البيضاء، وتجوز المساقاة في

---

(١) من هنا بداية النسخة التركية (الرابع من مختصر اختلاف العلماء، تصنيف أبي بكر أحمد بن سلمة الطحاوي رحمة الله عليه، اختصار أبي بكر الرازي رحمة الله عليه) كما ورد في اللوحة الأولىٰ من هذا الجزء.
والجزء يحتوي على جل كتب وأبواب الفقه الباقية من الكتاب، وإن كانت ناقصة في بعض أبوابها.
وباعتبار قِدَمِ نسخها وصحتها أيضاً عن النسخة المصرية جعلتها أصلاً، والمصرية نسخة ثانية مساعدة ــ وأبين في الهامش فروق النسختين ــ ورمزت للتركية (بالأصل) أو (ت) وللمصرية بـ (م) ــ اللهم إلاَّ فيما وقع من النواقص، أو في بعض الأحوال الطارئة، أرجع إلى الاعتماد على النسخة المصرية وأبين كل ذلك في موضعه إن شاء الله تعالىٰ.

(٢) انظر: المختصر، ص ١٣٢؛ المبسوط، ٢٣/٩، ١٦؛ اختلاف أبي حنيفة، ص ٤١؛ الأم، ٤/١١.
ولم يذكر المؤلف كعادته قول مالك. وقد أجاز الإمام مالك المساقاة، وقد أطال الحديث عن المساقاة وشروطها في الموطأ، ٢/٧٠٣ ــ ٧١٠

أصل نخل وكَرْم ورمّان وما أشبهه، وتجوز المزارعة في الأرض البيضاء بين النخل على وجه التبع[1]، وتجوز أن يساقيه النخل، وعلى أن يزرع الأرض، والخارج من الأرض[2]، أو بينهما؛ لأنها تبع، وإنما تجوز إذا كانت الأرض التي بين النخل الثلث والنخل الثلثين ونحوه.

يقول الأوزاعي، والحسن بن حيّ: تجوز المزارعة.

والليث: لا يجيزها، ويجيز المساقاة، وكذلك الشافعي إلاَّ أن الشافعي: يجوّز المساقاة في النخل والكَرْم دون غيرهما. ولا تجوز المزارعة بالثلث إلاَّ في الأرض البيضاء التي بين النخل التي تشترك مع النخل في السقي.

قال أبو جعفر: روى ثابت بن الضحاك أن النبي ﷺ نهى عن المزارعة واختلف ألفاظ رافع بن خديج: فروي عنه (أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة)[3].

وروي عنه أن النبي ﷺ قال: (إنما يزرع ثلاثة: رجل له أرض فهو يزرعها، ورجل منح أخاه أرضه، فهو يزرع ما منح منها، ورجل اكترىٰ بذهب أو فضة)[3].

وروى يعلى بن حكيم، عن سليمان بن يسار ، عن رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ: (من كانت له أرض فَلْيَزْرَعْهَا أو يُزْرِعْهَا أخاه، ولا يكريها بالثلث ولا بالربع، ولا بطعام مسمّى)[4].

وروى الزهري عن سالم أن ابن عمر كان يكري أرضه حتى بلغه أن

---

(١) في م (البيع).

(٢) من هنا سقطت صفحة كاملة من نسخة (م).

(٣) أخرجه الطحاوي، في معاني الآثار، ٤/١٠٥؛ ومسلم نحوه، في البيوع، النهي عن المحاقلة. . والمخابرة (١٥٣٦) وكراء الأرض.

(٤) أخرجه الطحاوي، في معاني الآثار، ٤/١٠٦، واللفظ له. ومسلم، في البيوع، كراء الأرض بالطعام (١٥٤٨).

رافع بن خديج كان ينهى عن كراء الأرضين، فلقيه فسأله؟ فقال: سمعت عمّي وكانا قد شهدا بدراً يحدثان: أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء الأرضين، فترك ابن عمر كراء الأرض)[1].

وروى موسىٰ بن عقبة، عن نافع، أن رافع بن خديج أخبر عبد الله بن عمر أن عمومته جاؤوا إلى رسول الله ﷺ ثم رجعوا فقالوا: (إن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارعة، فقال ابن عمر: قد علمنا أنه كان صاحب مزرعة يكريها على عهد رسول الله ﷺ، على أن له ما في ربيع الساقي الذي تفجر منه الماء، وطائفة من التبن، لا أدري [ما التبن، وما هو])[2] فأخبر ابن عمر سبب الفساد: وهو شرط ما في الربيع الساقي، ولم ينكره رافع.

وروى عطاء عن جابر بن عبد الله قال: كان لرجل منا فضول أرضين على عهد رسول الله ﷺ؛ فكانوا يؤاجرونها / على النصف والثلث، والربع، فقال [ت ١/ب] رسول الله ﷺ: (من كانت له أرض فليزرعها، أو يمنح أخاه، فإن أبى فليمسك)[3].

وروى الثوري عن يحيى بن سعيد الأنصاري عن حنظلة بن قيس الزرقي أنه سمع رافع بن خديج يقول: كنا أكثر أهل المدينة حقلاً، وكنّا نقول للذي نخابره: لك هذه القطعة، [ولنا هذه القطعة، تزرعها لنا، / فربما أخرجت هذه [ص ١٨١] القطعة] ولم تخرج هذه [شيئاً] وربما أخرجت هذه، ولم تخرج هذه شيئاً، فنهانا

---

(١) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/١٠٥، واللفظ له. والبخاري، في الحرث والمزارعة، كراء الأرض بالذهب... (٢٣٤٦)، ومسلم في البيوع، (١٥٤٨).

(٢) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/١١١؛ وما بين المعقوفتين من نص المعاني، وفي الأصل (ما هي).

(٣) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/١٠٧؛ البخاري، في الحرب والمزارعة، ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً (٢٣٤٠)، مسلم، في البيوع (١٥٣٦).

رسول الله ﷺ عن ذلك، فأما بورق لم ينهنا عنه)[1].

وروى أبو الزبير عن جابر (كنا في زمن رسول الله ﷺ نأخذ الأرض بالثلث، أو الربع، بالماذيانات[2]، فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك).

وروى سعيد بن المسيب عن سعد بن أبي وقاص قال: (كان الناس يكرون المزارع بما يكون على الساقي، فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك، وقال: اكروها بالذهب والورق)[3].

وروى عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر (أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من الزرع والنخل)[4].

وروى أبو الزبير عن جابر (أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر كما كانوا وجعلها بينه وبينهم، فبعث ابن رواحة فخرصها عليهم)[5]. ففي هذين الخبرين إجازة المزارعة والمساقاة، فإن قيل نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة، رواه عطاء، وأبو الزبير عن جابر عن النبي ﷺ، وهي مشتقة من خيبر. فدل على أنه متأخر عن قصة خيبر.

---

(١) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/١٠٩؛ وما بين المعقوفتين مزيدة من معاني الآثار، حيث سقطت من النسختين.

(٢) الماذيانات: جمع الماذيان، وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول. فارسي معرب، وقيل: ما يجتمع فيه السيل، ثم يسقى منه الأرض. المغرب، (مذن)، معاني الآثار، ٤/١٠٨.

(٣) معاني الآثار، ٤/١١١؛ أبو داود نحوه، في البيوع، في المزارعة (٣٣٩١)، النسائي، ٧/٤١.

(٤) معاني الآثار، ٤/١١١؛ البخاري نحوه في الحرث، إذا لم يشترط (٢٣٢٩)، ومسلم في المساقاة (١٥٥١).

(٥) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/١١٣.
انظر الاختلاف في الروايات: جامع الأصول، ١١/٢٢ ـ ٤٨.

قال أبو جعفر: هذا لا يصح لمالك، والشافعي؛ لأنهما لا يجيزان المساقاة، ويحتجان بقصة خيبر، والمخابرة: اسم كان موجوداً قبل حديث خيبر، وإن ثبت النهي عن المخابرة، [وهي المزارعة][1]، فينبغي أن لا يجوز في الزرع من النخل، إذا كان أقل من الثلث، واعتبار الثلث تحكم بغير دليل، ولا يصح التوقيت إلاَّ من جهة التوقيف. فإن قيل: إنما أجزته للضرورة.

قيل له: وعمّن رويت جواز العقود الفاسدة بالضرورة.

وقد روى أسباط بن محمد، عن كليب بن وائل قال: قلت لابن عمر: أتاني رجل له أرض ومآء، وليس له بذر ولا بقر، أخذت أرضه بالنصف فزرعتها ببذري وبقري فناصفته؟ فقال: حسن[2]، فأجاز ابن عمر المزارعة، وقد روى قصة خيبر، وحديث رافع بن خديج.

[١٦٨٦] في التبن[*] في المزارعة[3]:

قال مالك: إذا دفع النخل معاملة مع الأرض، فالتبن بينهما نصفين.

وقال بشر عن أبي يوسف: إذا شرط أن ما أخرج الله تعالىٰ من طعام، فهو بينهما، لم يجز حتى / يشترطا ما أخرج الله من شيء فهو بينهما نصفين. ألا ترى [م ١٨٢] أنه لو شرط التبن نصفين والحنطة للزارع[4]، لم يجز.

وقال محمد في الإملاء: لا يجوز أن يشترط التبن للزارع، والحب نصفين، ولا يجوز حتى يكون الحب والتبن جميعاً نصفين.

---

(١) ما بين المعقوفتين مزيدة من (م).

(٢) معاني الآثار، ٤/ ١١٥.

(*) التِبْن: في المصباح «ساق الزرع بعد دياسه» وفي الهادي: «ما يبقى من السنبل والقصل بعد درسه على البيدر وإخراج الحب منه وهو غير القش» (تبن).

(٣) انظر: المختصر، ص ١٣٤؛ المبسوط، ٢٣/ ٦٦.

(٤) م في الموضعين (للمزارع).

[ت ٢/أ] وقال في المزارعة الكبير: إذا شرط التبن لصاحب / البذر، والحب نصفين، (جاز، وإن شرط التبن لمن ليس له بذر، والحب نصفين)[(١)] لم يجز.

قال ابن أبي عمران: الصحيح ما قاله محمد في الإملاء، ووافق [فيه][(٢)] أبا يوسف؛ لأن التبن إن كان مع الحنطة كصنف واحد، فغير جائز شرط بعض منه بعينه للآخر، ألا ترى أنه لا يجوز أن يشترط الحنطة[(٣)] لأحدهما والتبن بينهما، وإن كانا صنفين، لم يجز، كشعير وحنطة، لا يجوز أن يشترط أن الشعير لأحدهما، والحنطة بينهما.

وأما سواقط النخل ففي قول مالك، هو بينهما نصفان.

وفي قول أبي يوسف ومحمد: لرب النخل؛ لأن السواقط ليست من الثمرة، وإنما هي بمنزلة النخل نفسه.

[١٦٨٧] فيما يجوز فيه المساقاة[(٤)]:

قال مالك: لا تجوز المساقاة في كل شيء يجيء ثم يخلف ثم يجيء ثم يخلف، نحو القصب والبقول، والموز، والتين؛ لأن بيع ذلك جائز وبيع ما يجيء بعده.

وقال محمد في المزارعة الكبير: تجوز المساقاة في الطلع ما لم يتناه عظمه، فإذا بلغ حالاً يزيد بعد ذلك، لم يجز، وإن لم يرطّب.

وقال بشر عن أبي يوسف في الإملاء: إذا دفع أرضاً ليغرسها نخلاً وكَرْماً وشجراً على أن ما أخرج الله تعالىٰ من النخل والشجر والكَرْم فهو بينهما نصفان فهو جائز، إلاَّ أن يكون الشجر والكرم الذي يغرسه ليس له قيمة.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من (م).

(٢) زيد من نسخة (م).

(٣) (م): (الحب).

(٤) انظر: المبسوط، ٢٣/١٧؛ الأم، ٤/١١؛ المدونة، ٥/ ٢٢، ٢٣.

وقال الشافعي: لا تجوز المساقاة إلاَّ في النخل والكرم؛ لأن ثمرتهما بائن في شجر لا حائل دونه يمنع إحاطة النظر[1]، ومن غيرهما مفترق بين أضعاف ورق شجرة لا يحاط بالنظر إليه).

قال أبو جعفر: ليس[2] كذلك؛ لأن ثمرة الزيتون، والتين، والكمثرى، والآجاص ونحوها من الأترج، والرمّان، يحاط بالنظر إليه.

[١٦٨٨] في المساقاة على الشجر الذي لا يحتاج إلى سقي[3]:

قال مالك: تجوز المساقاة في الشجر البعل الذي لا يحتاج إلى سقي.

وقال محمد في المزارعة الكبير: هو جائز، وتكون المساقاة على التلقيح والحفظ، وهو قول الحسن بن حي، والشافعي.

وقال الليث: لا تجوز المساقاة إلاَّ فيما سقاه.

[١٦٨٩] إذا شرط جميع الثمرة للساقي[4] / : [ص ١٨٣]

قال مالك: هو جائز، كمن دفع مالاً مفاوضة على أن جميع الربح للعامل.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز، ولا يكون ذلك مساقاة، والثمرة لرب النخل.

[١٦٩٠] في المساقاة على زرع قد نبت[5]:

قال مالك: لا تجوز المساقاة في زرع إلاَّ أن يعجز صاحبه عن سقيه.

وقال ابن وهب عن مالك: لا يساقى شيء من النخل إذا كان فيه ثمر قد بدا

---

(١) زيادة (إليه) في م.

(٢) زيادة (الأمر) في م.

(٣) انظر: المدونة، ٥/١٧؛ المبسوط، ٢٣/٣٧، ٣٨؛ الأم، ٤/١٢.

(٤) انظر: المدونة، ٥/٩؛ المبسوط، ٢٣/٦٢.

(٥) انظر: المدونة، ٥/٨؛ المبسوط، ٢٣/٢٧؛ الأم، ٤/١١.

وطاب، وحل بيعه، وتجوز قبل أن تبدو صلاحه ويحل بيعه، والمساقاة في الزرع إذا خرج واستقل، فعجز صاحبه عن سقيه وعلاجه، فهي جائزة.

وقال الليث: لا يساقي الزرع بعد أن يستقل، ويساقي القصب إذا خرج من الأرض؛ لأن القصب / أصل. [ت ٢/ب]

وقال محمد: ولم يحك خلافاً إذا دفع إليه الزرع معاملة قبل أن يستحصد، جاز، وإن كان قد استحصد، لم يجز.

وقال الشافعي: تجوز المساقاة على الثمر الذي قد حل بيعه في النخل، ذكره الربيع عنه.

وذكر البويطي: أنه لا تجوز [المعاملة][1] إذا كان في النخل ثمر قد بدا صلاحه.

[١٦٩١] في المعاملة على غرس الشجر:

قال بشر عن أبي يوسف: إن كان للشجر قيمة عند الغرس، لم يجز، وإن لم يكن له قيمة، جاز.

وقال محمد في المزارعة الكبير: هذا جائز في غرس الشجر والنخل، على أن يكون الجميع بينهما نصفين، وكذلك أصول الرطبة وإن شرط الثمرة نصفين، جاز أيضاً على ما اشترطا، والأصول للغارس.

[١٦٩٢] من أجل المساقاة[2]:

قال مالك: لا يجوز أن يشترط للمساقاة أجلاً بعينه: شهراً أو سنة، وإنما المساقاة إلى الجداد.

(١) في الأصل (المفاضلة) والمثبت من (م).
(٢) انظر: المدونة، ١٢/٥؛ المبسوط، ١٩/٢٣.

فقال محمد في المزارعة من غير خلاف: إذا سمى المعاملة [في] النخل سنين معلومة، جازت، وإن لم يسم سنين، جاز، وهو على أول ثمرة تخرج في أول سنة استحساناً، ولو كان ذلك في أصول الرطبة، ولم يسم سنة ولا أكثر، لم يجز؛ لأن الرطبة ليس لها غاية تنتهي إليها في نباتها، فإن كان للرطبة غاية تنتهي إليها في نبتها حتى تقطع، ثم تخرج بعد ذلك، جازت المعاملة وكانت على أول جزّة، وليس لواحد منهما بعضها إلا من عذر.

وقال أبو جعفر: المساقاة إنما تكون إلى جذاد الثمر، لا إلى وقت غيره.

وقد روى أن النبي ﷺ عامل اليهود على نخل خيبر وزرع أرضها ما بدا لرسول الله ﷺ[1]، ولم يذكر وقتاً.

[١٦٩٣] في نخل حائطين معاملة[2]:

قال مالك: لا يجوز أن يدفع حائطين صفقة واحدة: أحدهما على النصف، (والآخر: على الثلث، وكذلك دفعه أرضه على النصف، وحائطه على الثلث، وإن دفعهما جميعاً على النصف)[3]، جاز.

وقال محمد: يجوز ذلك[*].

وقال الشافعي: لو ساقاه على حائط فيه أصناف من دقل وعجوة، وصيحاني، على أن له من الدقل النصف، ومن العجوة الثلث، ومن الصيحاني

(١) أخرجه الشيخان من حديث ابن عمر رضي الله عنهما البخاري، في المزارعة، إذا قال رب الأرض أقرك... (٢٣٣٨)، مسلم، في المساقاة والمعاملة بجزء من التمر (١٥٥١).

(٢) انظر: المدونة، ٥/ ١٥؛ المختصر، ص ١٢٧؛ المزني، ص ١٢٥.

(٣) ما بين القوسين سقطت من: (م).

(*) في م زيادة(كله).

الربع، وهما يعرفان كل صنف، كان كثلاثة حوائط، وإن جهلا، أو أحدهما، كل صنف، لم يجز.

قال أبو جعفر: لا فرق بين أن يجمع الجميع في صفقة، وبين تفريقها، كالإجارات والبيوع.

[١٦٩٤] في المساقي هل يساقى[(١)]:

قال مالك: للمساقي أن يدفع النخل إلى أمين ثقة مثله، وإن دفعه إلى غير أمين، لم يجز.

وقال محمد: إن كان البذر من قبل العامل، فله أن يدفعه مزارعة. وإن كان من عند رب الأرض لم يدفعه إلاَّ أن يقول له: اعمل فيه برأيك كالمضاربة، وكذلك النخل لا يدفعها إلى غيره، إلاَّ أن يقول له رب النخل: أعمل فيه برأيك.

[ت ٣/أ] وقال الشافعي: في المضارب إذا دفع إلى غيره مضاربة / بغير إذن صاحبه، فهو ضامن.

[١٦٩٥] في آلة السقي على من هي[(٢)]؟:

قال مالك: إذا كانت النفقة والمؤونة على رب الحائط، ولم يكن على الداخل إلاَّ أن يعمل بيديه، وإنما هو أجير ببعض الثمر، فلا يجوز، وإنما المساقاة أن تكون النفقة والمؤونة كلها على الداخل في الحائط، قال: ولا يجوز أن يشترط على رب المال شيئاً، [ليس في][(٣)] الحائط يوم أخذه مساقاة، إلاَّ أن يكون الشيء التافه الغلام أو الدابة.

وقال محمد في المزارعة: إذا دفع إليه أرضاً وبذراً، وشرط الدولاب

---

(١) انظر: المدونة، ٥/٨؛ المبسوط، ٢٣/ ٧٥.

(٢) انظر: المدونة، ٥/ ٤، ٦؛ المبسوط، ٢٣/ ١٩/ ٢٠/ ٨٤؛ المزني، ص ١٢٤/ ١٢٥.

(٣) المثبت من (م)، وفي (ت) (لسقى)، انظر: المدونة.

والدالية وأداتها على رب الأرض، أو دواباً يسقى عليها الماء للزرع (جاز)[1]، وكذلك المساقاة في النخل، ولو كان البذر من قِبَل العامل، واشترط على رب الأرض دولاباً أو دواباً يستقي عليها[2]، لم تجز المزارعة، وإن شرط على العامل، جازت المزارعة.

وقال الشافعي: كل ما كان فيه مستزاد في الثمر من إصلاح الماء وطريقه، وقطع الحشيش المضر بالنخل، ونحوه [جاز][3] شرطه على العامل، ولا بأس بأن يشترط المساقي على رب النخل / غلماناً يعملون معه، ولا يشغلهم[4] في غيره. [ص ١٨٥]

[١٦٩٦] في الجداد والتلقيح على من يكون؟[5]:

قال مالك: جداد الثمر على العامل.

وقياسه: أن يكون حصاد الزرع على العامل، والتلقيح على العامل، إلاَّ أن يشترط على رب الأرض، فيجوز، ويكون عليه. وعصر الزيتون على من شرطا عليه منهما.

وقال محمد في كتاب المزارعة: السقي، والتلقيح، والحفظ حتى يصير

---

(١) ساقط من (م).

(٢) في م زيادة (الماء).

(٣) في النسختين (لم يجز)، والمثبت من نص المزني، إذا العبارة مأخوذة بلفظها من المزني، ولعله وقع سقط وتداخل في العبارة، ويظهر ذلك من قول الشافعي: «وكل ما كان فيه مستزاد... بالنخل ونحوه، جاز شرطه على العامل فأما سد الحظار فليس في مستزاد ولا صلاح في الثمرة فلا يجوز شرطه على العامل ولا بأس...»، ص ١٢٤، ١٢٥؛ الأم، ٤/١١.

(٤) في المزني (يستعملهم) وفي النسختين (يشغلهم) المثبت.

(٥) انظر: المدونة، ٦/٥، ٧؛ المبسوط، ٢٣/٣٦.

ثمراً على العامل، فإذا بلغ الجداد [فالجداد][1] عليهما نصفان إذا كان الشرط نصفين. ولو أن صاحب النخل اشترط في أصل المعاملة الجداد والحفظ بعدما يبلغ على العامل، فالمعاملة فاسدة.

وقال الشافعي: إن اشترط المساقي على رب الحائط جداده، لم يجز، وكانت المساقاة باطلة.

[١٦٩٧] في تحظير الجداد على من يكون[2]؟:

قال مالك: على المساقي سد الحيطان، وإبار النخل، وقطع [الجريد][3] وما أشبه ذلك، ولا ينبغي أن يشترط عملاً: حفر بئر أو عين أو غراس يغرسه يأتي به من عنده. قال: وإن شرط أن يبني حوله حائطاً، أو يدرب عليه درباً أو يحفر بئراً، لم تجز المساقاة.

وقال محمد في المزارعة: إذا شرط على المزارع كري الأنهار، وإصلاح المسنيات[4]، كانت المزارعة فاسدة.

وقال الشافعي: ما كان مستزاداً في الثمرة من إصلاح الماء وطريقه، وقطع الحشيش المضر بالنخل ونحوه، فجائز شرطه على العامل، فأما سد الحائط، فليس فيه مستزاد ولا صلاح في الثمرة، فلا يجوز شرطه على العامل، إذا كان المساقي مخوفاً على النخل.

وقال ابن القاسم على مذهب مالك: إذا ساقاه ثم علم أنه سارق، يخاف عليه / أن يذهب بثمر الحائط، أو كانت إجارة دار فخاف أن يسرق الجذوع، [ت ٣/ب]

---

(١) الزيادة من (م).

(٢) انظر: المدونة، ٥/٤، ٥، ١٣، ١٤؛ المبسوط، ٢٣/ ٨٠؛ المزني، ص ١٢٤؛ الأم، ٤/ ١١؛ الكافي، ص ٣٨١؛ الإشراف لابن المنذر، ص ١/ ١٧١.

(٣) المثبت من (م) وفي ت (الجرائد).

(٤) «المسنّاة: ما يبنى للسيل ليرد الماء». المغرب: (سنو).

فليس له أن يخرجه؛ لأن مالكاً يقول: إذا باع سلعة فوجد المشتري مفلساً أن البيع لازم له.

وقال محمد في المزارعة: إذا علم أن العامل سارق مخوف على إفساد النخل، فهذا عذر، ولصاحب النخل أن يخرجه.

وقال الشافعي: يمنع من السرقة، ويكون عليه من يقوم مقامه.

قال أبو جعفر: لما كان على المساقي حفظ ما وقع عليه المساقاة وترك تضييعه، فإذا لم يكن ما يلزم بحق المساقاة موجوداً فيه، كان كالعاجز عن العمل، فلصاحبه أن / يفسخ المساقاة، كما للمستأجر فسخ الإجارة، إذا وجد الأجير عاجزاً عن العمل. [ص ١٨٦]

[١٦٩٨] في الاستحقاق في المزارعة[١]:

قال محمد: إذا استحق الأرض بعدما خرج الزرع، فإنه يقلع الزرع ويرجع على رب الأرض بحصته من الزرع قائماً، فإن شاء أخذ نصف الزرع وسلم إلى رب الأرض نصفه.

وقال مالك: ليس عليه أن يقلع الزرع إذا لم يكن زارع الأرض غاصباً، وكل من زرع على وجه شبهة، فإنه لا يقلع زرعه، ويكون عليه الكراء.

وقياس قول الشافعي: أنه يقلع الزرع.

قال أبو جعفر: لا يختلفون أنه لو غصب فزرع، أنه يقلع زرعه، فكذلك إذا زرع وهو لا يعلم أنها لغيره؛ لأن حقوق الآدميين لا يختلف فيها حكم العلم وغير العلم.

---

(١) انظر: المبسوط، ٢٣/٥٥، ٥٩؛ الكافي، ص ٤٥٥، ٤٥٦.

[١٦٩٩] في موت رب النخل أو المساقي[1]:

قال مالك: إذا مات العامل قيل لورثته: اعملوا أنتم، فإن أبوا كان ذلك في مال الميت.

وقال محمد: إذا دفع إليه أرضاً زرعها بيده، فمات رب الأرض قبل أن يستحصد، فإنه يترك في يد العامل حتى يستحصد، ثم يقسم الثمرة على الشرط.

وعند الشافعي: لا ينتقض ذلك بموت أحدهما.

[١٧٠٠] فيمن استأجر أرضاً للزراعة وفيها شجر:

قال أصحابنا: إذا استأجر أرضاً بيضاء بدراهم للزراعة، فيها نخل أو شجر، لا يمنع الزراعة، فالإجارة جائزة، فإن كان الشجر يمنع الزراعة، لم تجز الإجارة.

وقال مالك: يجوز أن يستأجر[2] داراً فيها نخلات، على أن الثمرة للمستأجر، إذا كانت الثمرة مثل ثلث الكراء أو أقل.

وقال الشافعي: لا يجوز استئجار الأرض فيها نخل فيه ثمرة، سواء بدا صلاحه أو لم يبد، إذا اشترط الثمرة للمستأجر.

قال أبو جعفر: لا يختلفون أنه لا يجوز استئجار الأرض التي فيها نخل، لا يمكن زراعتها للمزارعة[*]، وكذلك إذا كان في بعضها نخل؛ لأنه لا يصل إلى زراعة موضع النخل، ولا ينبغي أن يدخل النخل في الإجارة؛ لأن ذلك بيع الثمرة، وهما لم يتعاقدا عقد بيع.

---

(١) انظر: المدونة، ١٧/٥؛ المبسوط، ٤٦/٢٣؛ المهذب، ٤٠٠/١؛ الإشراف لابن المنذر، ١٧٦/١.

(٢) في م (يشتري).

(*) في م (للمزارع).

[١٧٠١] فيمن له طريق في أرض رجل:

قال أصحابنا: إذا كان له طريق في أرضه، فليس لصاحب الأرض أن يزرع في موضع الطريق / . [ت ٤/أ]

وقال مالك: ليس للذي له الطريق أن يستطرق في أرض هذا إلى أرضه / [ص ١٨٧] بماشيته وغنمه؛ لأنه يفسد زرعه.

وقول الشافعي مثل قول أصحابنا.

فإن قيل روى ابن وهب عن مالك، عن عمرو بن يحيى، عن أبيه، عن رسول الله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[1] قيل له: فمن الضرر أن يمنع صاحب الأرض الطريق من الاستطراق.

آخر المزارعة ولله الحمد

● ● ●

(١) أخرجه مالك في الموطأ بسنده مرسلاً، ٢/٧٤٥؛ ووصله ابن ماجه عن ابن عباس وغيره من الصحابة في الأحكام، من بنى في حقه ما يضر بجاره (٢٣٤١)؛ والدارقطني، ٤/٢٢٨؛ والحاكم في المستدرك، ٢/٥٧؛ والبيهقي في السنن، ٦/٦٩.

كتاب المضاربة(*)

[١٧٠٢] في المال الذي يجوز فيه المضاربة[١]:

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا تصح المضاربة إلاَّ بالدراهم والدنانير ولا تجوز بالفلوس، وهو قول مالك، والليث، والثوري، والشافعي.

وقال ابن أبي ليلىٰ: إذا دفع إليه ثوباً على أن يبيعه، على أن ما كان من ربح فبينهما نصفين، أو أعطاه داراً يبنيها، أو يؤاجرها، على أن أجرها بينهما نصفين. جاز، والأجر والربح بينهما نصفين.

قال: وهذا بمنزلة الأرض للزراعة، والنخل للمعاملة.

وقال محمد بن الحسن: تجوز المضاربة بالفلوس النافقة، كالدراهم والدنانير.

قال أبو جعفر: لا يصح أن يقول: بع عبدك على أن يكون ثمنه لي. ويجوز أن يقول: اشتر بدراهمك عبداً بعينه يكون لي، وتشبيهه بالمزارعة والمعاملة بعيد؛ لأن المضاربة [يدفع][٢] منها رأس المال، ثم الربح بينهما،

(*) المُضَارَبَة: ــ مفاعلة ــ من الضرب، وهو السير في الأرض، «وشرعاً: عقد شركة في الربح، بمال من رجل وعمل من آخر» وتسمى القراض. التوقيف على مهمات التعاريف، (ضرب). انظر: المصباح (ضرب).

(١) انظر: المختصر، ص١٠٧، ١٠٨، ١٢٤؛ المبسوط، ٢٢/٢١؛ المدونة، ٥/٨٦؛ المزني، ص ١٢٢.

(٢) في ت: (يرفع)، والمثبت من (م) وكذلك ما بعدها.

والمعاملة والمزارعة لا يدفع منها، ولو شرطا دفع مقدار بعينه لرب المال فسدتا.

قال أصحابنا: لا تجوز المضاربة بمثاقيل الذهب والفضة.

وروى أشهب عن مالك: أنها تجوز بنقر[1] الذهب والفضة، (لأن الناس قد قارضوا قبل أن يضرب الذهب والفضة [قال] ابن القاسم سمعت أن مالكاً سهل فيها، فقال لا يجوز بنقر الذهب والفضة) قال: ولا يجوز بالمصنوع.

قال الليث: لا يجوز بالنقر، وقد قال رسول الله ﷺ للذين باعوا في الغنائم أربعة مثاقيل سلبه عيناً في الغنائم أن يتما وقد كانوا يتبايعون بدنانير على وجه هرقل ودراهم على وجه كسرىٰ، ثم ضرب بعد ذلك دراهم ودنانير إسلامية.

[١٧٠٣] إذا شرط المضارب عمل عبد رب المال[2]:

قال أصحابنا: إذا شرط للمضارب ثلث الربح، ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد معه، فهو جائز، والثلثان لرب المال والثلث للمضارب، وهو قول الشافعي.

وقال مالك: تجوز المضاربة والشرط، ولرب المال الثلث ولعبده الثلث، وللمضارب الثلث، كأنه دفعه إلى أجنبي مضاربة.

[ص ١٨٨] / وقال الليث: لا بأس بأن يشترط عمل عبد رب المال معه، ولا يجوز أن يشرط خدمة عبد المضارب شهراً لرب المال، فإن خدمة عبد المضارب، كان له أجر مثله شهراً بخدمة العبد والمضاربة على حالها.

[ت ٤/ب] [١٧٠٤] إذا شرط على المضارب خصوص التصرف[3] / :

قال أصحابنا: إذا شرط على المضارب أن لا يشتري إلاَّ من فلان،

---

(١) في م: (بنقد).

(٢) انظر: الجامع الصغير، ص ٣٥١؛ المزني، ص ١٢٢.

(٣) انظر: الجامع الصغير، ص ٣٤٩؛ المزني، ص ١٢٢؛ المدونة، ١١٦/٥.

أو لا يشتري إلاَّ الرقيق، أو على أن لا يبيع ولا يشتري إلاَّ بالكوفة، كان ذلك على ما شرط، لا ينبغي أن يتجاوزه، فإن تعداه ضمن.

وقال مالك: لا خير في شيء من ذلك، وتفسد المضاربة بهذه الشروط، وكذلك إذا قال: لا يشتري إلاَّ سلعة كذا، إلاَّ أن تكون السلعة موجودة كثيرة، لا تختلف في شتاء ولا صيف، فإن ذلك لا بأس به.

وقال الليث: يجوز أن يشترط شرطاً لا بأس به، مثل أن يقول: لا تركب به في البحر، ولا تسلف في سلعة، واشتر يداً بيد، ولا تشتر حيواناً، هذا كله لا بأس به.

وقال الشافعي: لا يجوز أن يقارضه إلى مدة، ولا أن يشترط أن لا يشتري إلاَّ من فلان، ولا سلعة واحدة بعينها، أو يشتري نخلاً أو دواباً [فإن فعل][1] فذلك كله فاسد، وإن اشترط أن يشتري صنفاً موجوداً في الشتاء والصيف، فذلك جائز.

قال أبو جعفر: لم يختلفوا أن المضاربة قد يجوز وقوعها خاصة في نوع من التجارات يوجد في كل وقت، وكذلك يجوز أن يقول: تصرف في سائر البلدان إلاَّ في بلد بعينه، فلما جاز ذلك عند الجميع، وجب أن يقع خاصة إذا خصها ببلد أو بسلعة بعينها.

[١٧٠٥][2] في توقيت المضاربة[3]:

قال أبو جعفر: لم نجد عن أصحابنا توقيت المضاربة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مزيدة من المزني، لاستقامة العبارة.

(٢) من بداية هذه المسألة إلى مسألة (١٧٢٧).
وقع اضطراب في نسخة (ت) التي اعتمدتُ عليها في النَسْخ. وجعلتها الأصل؛ إذ ذُكِرَت المسائل بصورة مختلفة عما سبق من المسائل، من حيث العرض والأسلوب والإيجاز الشديد، ولأجل ذلك رجعت إلى نسخة (م) ونسخت هذه المسائل منها، وجعلت ما ورد في (ت) بالهامش.

(٣) انظر: المزني، ص ١٢٢؛ الكافي، ص ٣٨٦.

=

وقياس قولهم في الوكالة: أنها لا تختص بالوقت؛ لأنهم قالوا: لو وكل رجلاً ببيع عبده اليوم، فباعه غداً، جاز وكانت كالوكالة المنقطعة.

قال أبو بكر: هذا ليس بشيء؛ لأنهم يقولون: لو قال بعه اليوم ولا تبعه غداً، لم يكن له بيعه غداً. وكذلك لو قال: على أن يبيعه اليوم دون غد.

وقال مالك، والليث، والشافعي: إذا وقتها فسدت.

[١٧٠٦] في المضاربة بثمن بعرض لغيره[(١)]:

قال أصحابنا: إذا دفع إليه عرضاً، فقال: بعه واعمل بثمنه مضاربة، كان جائزاً على ما قال / ، إذا قبض الثمن كان مضاربة. [ص ١٨٩]

وقال مالك في إحدى الروايتين: إن المضاربة لا تصح. وفي الأخرى: تصح، وهو قول مالك، أنه إذا قبض الثمن صحت وعلى رب المال أجر مثله في بيع العروض.

والشافعي: لا يجيزها.

قال أبو جعفر: الوكالة تتعلق على المخاطرة كالإمارة، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: (إن قتل زيد فجعفر الأمير)[(٢)] والمضاربة مثلها.

= ـ والمسألة في ت: المضاربة بعقد إلى أجل: أصحابنا: المضاربة جائزة إلى أن يتفاسخا.
مالك: لا تجوز، فإن عمل به ردّ إلى قراض مثله.
الشافعي: لا تجوز. يبطل قوله: إذا جاء غداً، فقد أبطلنا الوكالة والمضاربة، وكذلك إذا اشترط أن تبطل إلى وقت، ولم تبطل، والمضاربة جائزة.

(١) انظر: المبسوط، ٣٦/٢٢؛ المزني، ص ١٢٢؛ الكافي، ص ٣٨٧.

(٢) أخرجه البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. في المغازي، غزوة مؤتة، (٤٢٦١).
ـ والمسألة في ت: (من دفع سلعة وقال: بعها واعمل بثمنها مضاربة: أصحابنا: جائز. مالك والشافعي: لا يجوز).

[١٧٠٧] في المضارب يبيع بنسيئة[١] :

قال أصحابنا: له أن يبيع بنسيئة ما لم ينهه.

وقال ابن أبـي ليلىٰ، ومالك: لا يبيع بنسيئة إلاَّ بإذنه، فإن فعل ضمن.

وقال الشافعي: إن باع أو اشترى بدين ضمن، إلاَّ أن يأذن له.

[١٧٠٨] في محاباة المضارب:

قال أبو حنيفة: لا يجوز شراؤه إلاَّ بما يتغابن فيه.

وقال مالك: إذا حابى في البيع، جاز البيع وضمن المضارب المحاباة ولا يرد البيع إن كان معسراً[٢].

[١٧٠٩] في المضارب أن يسافر بالمال[٣] :

روى محمد في الإملاء عن أبـي حنيفة: أن للمضارب أن يسافر بالمال إلى [حيث شاء].

وروى أبو يوسف في الإملاء: أنه ليس له أن يسافر بالمال.

قال أبو يوسف: يخرج به إلى موضع يرجع به من يومه كقُطْرُبُّل[*] من بغداد، ولا يسافر به إلى ما هو أكثر منه.

وقال مالك: له أن يسافر بالمال، شرط ذلك أو لم يشرط، إذا كان المال كثيراً.

---

(١) انظر: المبسوط، ٢٢/٣٨؛ المدونة، ٥/١١٦.
ــ والمسألة في ت: (هل للمضارب أن يبيع بنسيئة من غير نص عليه: أصحابنا: نعم، مالك والشافعي: لا).

(٢) والمسألة في ت: (مالك: يمضي البيع، والمحاباة في ضمان البائع).

(٣) انظر: بالتفصيل: المختصر، ص ١٢٥؛ المبسوط، ٢٢/٣٩؛ المدونة، ٥/١١٩.

(*) قُطْرُبُّل ــ بضم أوله وثالثه وبينهما إسكان، وباء مضمومة مشددة ــ «وهي طسّوج من طساسيج سواد العراق». معجم ما استعجم، ٣/١٠٨٣.

[الشافعي: يسافر على أن الربح بينهما على الشرط][1].

[١٧١٠] إذا أمره أن يستدين على المضاربة[2]:

قال أصحابنا: إذا أمره أن يستدين على المال فاشترى برأس المال عبداً، ثم اشترى جارية بألف، فثمن الجارية عليهما نصفان،

وقال مالك: لا يجوز أن يقول له: اشتر على المضاربة بالدين؛ لأنه كالمضاربة بغير مال.

وقال الشافعي: إذا [أدَان][3] المضارب في بيع أو شراء، فهو ضامن إلاَّ أن يأذن له رب المال.

[١٧١١] في خلط المضاربة بماله[4]:

قال أصحابنا: لا يخلطه بماله، ولا يشارك به غيره إلاَّ أن يقول: اعمل فيه برأيك.

---

(١) ما بين المعقوفتين من (م). انظر: المهذب، ١/ ٣٩٤.
ـ والمسألة في ت: (هل يسافر بالمال بغير إذنه: محمد عنهم يسافر حيث شاء، والكيساني عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: لا يسافر، وقال أبو يوسف: يخرج إلى حيث يرجع فليبيت في بيته كقطريل.
مالك: يسافر إلاَّ أن ينهاه عند الدفع، الشافعي: يسافر على أن الربح بينهما على الشرط).

(٢) انظر: المبسوط، ٢٢/ ١٧٨؛ المزني، ص ١٢٢؛ الكافي، ص ٣٨٥.
ـ والمسألة في ت: (المضارب يأتي أن يستدين على المال فاشترى عبداً بعد شغل مال المضاربة: أصحابنا هو لهما شركة، مالك: لا يحل.
الشافعي: إذا أدان في شراء ما يلزم إلاَّ ببينة أنه أدان).

(٣) في (م): (أذن) والمثبت من (ت).

(٤) انظر: المبسوط، ٢٢/ ٦٧؛ المدونة، ٥/ ١٠٢؛ الإشراف لابن المنذر، ١/ ١٠٧.
ـ المسألة في ت: المضارب يخلط المال بمال نفسه أو غيره بغير إذن: أصحابنا: =

وقال مالك: يجوز له أن يخلط بماله وإن لم يذكر اعمل فيه برأيك وإن شرط على المضارب أن يخلط بماله لم يجز.

وقال مالك: له أن يقارض آخر، ويخلط ماله بمال رب المال الأول، ولا ضمان عليه.

قال: ولو دفع رجل مالين قراضاً على أن يكون ربح هذا النصف وربح الآخر / على الثلث، ولا يخلطهما، فإن ذلك مكروه. [ص ١٩٠]

وقال الأوزاعي: لا بأس أن يخلطه بماله، وقال: الثلث لا يخلطه إلاَّ بإذنه.

وقال الشافعي: إن خلطه فهو ضامن.

[١٧١٢] في نفقة المضارب[١]:

قال أصحابنا: إن سافر بالمال أنفق منه في طعامه وكسوته وشرابه وركوبه، والحجامة من ماله، والدواء من ماله خاصة، وكذلك نفقته في الرجوع من سفر، وإذا أقام في موضع فنفقته على نفسه.

وقال مالك: طعامه وكسوته في سفره وما يصلحه بالمعروف في المال بقدر المال إذا شخص في المال، وله النفقة في المال في رجوعه في سفره.

وقال الثوري: نفقته في الذهاب من المضاربة وفي الرجوع إلى بلده عليه خاصة.

= يضمن إن خلطه إلاَّ أن يقول: اعمل برأيك.

مالك: له أن يفعل بغير إذن، بماله ومال غيره، (٥/أ)، فإن قارضه على أن يخلط المال بماله، لم يجز الشافعي: يضمن).

(١) انظر: المختصر، ص ١٢٥؛ الكافي، ص ٣٨٥؛ الإشراف، ١/ ١١٣؛ المهذب، (١/ ٣٩٤).

وقال الليث: له أن ينفق في الحضر مقدار ما يتغدىٰ به، ولا يتعشى، ولا يكنس؛ لأنه يكون بالغداة مشغولاً بمال المضاربة، وفي السفر نفقته في مال المضاربة، فإن خرج بمال نفسه معه، كانت النفقة على قدر المالين بالحصص، وهذا أيضاً قول أصحابنا.

وقال البويطي عن الشافعي: لا ينفق في السفر والحضر إلاَّ أن يأذن صاحبه[1].

قال أبو جعفر: وهذا القول خلاف الإجماع.

وقول الليث أيضاً خلاف الإجماع؛ لأنه لو وجب له الغداء، وجب له العشاء كالسفر، والنفقة في الرجوع على المال أيضاً؛ لأنه بسببه كان المال مضاربة، كما كان سبب خروجه في الابتداء لمال المضاربة.

[١٧١٣] إذا شرط جميع الربح للمضارب[2]:

قال أصحابنا: إن شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض، وهو قول ابن شبرمة.

---

(١) وقال في المزني: «وله النفقة بالمعروف»، ص ١٢٢.

ـ والمسألة في ت: (من أين تكون نفقة المضارب؟

قال جميعاً: لا نفقة في المصر، وله النفقة في المال إذا كان مسافراً إلاَّ حكاية البويطي حكى: لا ينفق إلاَّ بإذن. قال مالك: وإذا عاد لم يتسع بلبابه الحلقان ولا المرمة الحلقة ولا الشيء التافه. ونفقته على قدر المال، وينفق من حين يتوجه إلى السفر ولا يخرج حاجاً ولا غازياً، ونفقته في المال).

(٢) انظر: المبسوط، ٢٤/٢٢؛ المدونة، ١٠٩/٥؛ المزني، ص ١٢٢.

ـ والمسألة في ت: (إذا دفع مالاً مضاربة على أن الربح كله للعامل: أصحابنا: هذا دين على المضارب يضمنه بأخذه. مالك: الدافع محسن ولا ضمان.

ط: [الطحاوي] لا يستحق الربح إلاَّ بضمان أو ملك، فحملنا الأمر على وجه يصح معه أن يكون الربح له).

وقال مالك: هذا لا بأس به، ولا شيء على العامل.

وقال الشافعي: هذا مضاربة فاسدة، وله أجر مثله، والنقصان والزيادة لصاحب المال.

[١٧١٤] في المضارب يبضع[1]:

قال أصحابنا: له أن يبضع.

وقال مالك: إذا بضع، ضمن، ولا يودع إلاَّ عند الخوف على منزله.

قال أبو جعفر: له أن يستأجر له من يحفظه، ويعمل به، وله أن يودع ويبضع بغير أجر.

[١٧١٥] فيمن قال خذ مالي على زيد واعمل به مضاربة[2]:

قال أصحابنا: إذا قبضه كان مضاربة في يده.

---

(١) انظر: المبسوط، ٢٢/٣٨؛ المدونة، ٥/١٠٤؛ وقول الشافعي مثل قول مالك في البضاعة؛ انظر: الأم، ٤/١٠.
ـ والمسألة في ت: (هل للمضارب أن يبضع منها بضاعة؟ أصحابنا: له ذلك. مالك: يضمن. هل له أن يودع المال؟
أصحابنا: له ذلك، ابن القاسم قاسه على المودع، فإن لم يجد حرزاً وخاف، وأراد سفراً ولم يكن له من يحفظه ضمن) ومسألة: (هل له أن يودع) تأتي في (م) بعد ثلاث مسائل.

(٢) انظر: المبسوط، ٢٢/٣٦؛ المدونة، ٥/١١٢؛ المزني، ص ١٢٣.
ـ والمسألة في ت: (إذا قال اقبض مالي على فلان ثم اعمل به مضاربة بالنصف: أصحابنا: جائز، مالك: لا يجوز. ط: لم يجعل قبض المال شرطاً في المضاربة، وإنما وكله بقبضه، وقال: إذا حصل في يدك فخذه مضاربة، قال الشافعي: إن قارضه ودفع إليه بضاعة فإن عقد القراض على أن يدفع البضاعة، فالقراض فاسد وإن حمل البضاعة بغير شرط جاز، مالك: إن سأله في البضاعة بعد، وهو لو سأله من غير قراض فعل، جاز، وكذلك السلف، وإن كان إنما عمل من أجل القراض، لم يجز، وإن ذكر أن كل واحد منهما إنما يعمل بسبب لم يجز).

[ص ١٩١] وقال مالك: لا يجوز هذا، / فإن فعل وعمل، فله أجر مثله في التقاضي، ويرد إلى تراض مثله؛ لأنه شرط القبض في المضاربة.

قال أبو جعفر: ليس ذلك بشرط، إنما ذلك أمران: أحدهما: وكالة بالقبض، والآخر: الأمر بالعمل. والشرط: أن يقول اقبضه على أن تعمل به.

وقال الشافعي: مثل ما ذكر: يفرق بين أن يشرط مثل ذلك في المضاربة وبين أن لا يشرط.

[١٧١٦] في المضاربة بدين على المضارب[١]:

قال أبو حنيفة ومالك: إذا أمره بأن يعمل بالدين الذي له عليه مضاربة على النصف، فهذا فاسد، وما اشترى فللمضارب خاصة: له ربحه، وعليه وضيعته، ودين رب المال بحاله.

وقال أبو يوسف ومحمد: جميع ما اشتراه وربح فيه، فهو لرب المال، وقد توى من الدين وله على رب المال أجر مثله.

[١٧١٧] إذا قال للمضارب: ضم إليها ألفاً من عندك، واعمل بها مضاربة[٢]:

قال أصحابنا: لا بأس به، فإن شرط فضل الربح للمضارب؛ لأنه عامل.

---

(١) والمسألة في ت: (المقارضة على دين على المضارب: أبو حنيفة: لا يجوز، وما اشترى وباع فهو للمضارب، أبو يوسف ومحمد: للآمر وللمضارب أجر مثله. مالك: لا يجوز خوفاً أن يكون إنما أجره بالدين ليزيد فيه.
ط: أصل اختلاف أصحابنا في هذا إذا أمر المدين أن يشتري بما عليه شيئاً بغير عينه، فلا يبرأ حتى يقبض الآمر المشتري، وقالا: يبرأ بالشراء).
وذكر هنا في ت من المسائل: (إذا دفع إلى اثنين أحدهما على النصف والآخر على الثلث أصحابنا: يجوز، مالك: لا يجوز، الشافعي: على شرط قبل هذا).

(٢) في ت نحوها: (من دفع ألفاً على أن يخالطه بألف وله من الربح الثلثان)، أصحابنا: =

وقال مالك: لا يجوز ذلك في رواية ابن القاسم، وأجازه في رواية أشهب.

وقال الشافعي: لا يصلح هذا.

[١٧١٨] في المضارب يودع:

قال أصحابنا: له أن يودع.

وقال مالك: لا يودع إلاَّ عند الخوف على منزله.

[١٧١٩] في شرط ضمان المال على المضارب[1]:

قال أصحابنا: المضاربة جائزة، وهو قول الليث.

وقال مالك: المضاربة فاسدة، وله أجر مثله.

وقياس قول الشافعي: أن يفسد؛ لأنه قال: إذا شرط البضاعة مع المضارب، فسدت.

قال أبو جعفر: المضاربة لا تصح إلاَّ بالقبض، فهو كالعمرى لا يبطلها الشرط، وليست كالبيع؛ لأنه يصح بالقول.

= جائز، ابن القاسم عن مالك: لا يصلح، أشهب: سألته فقال: لا بأس، ثم قال: إياك وهذا الغليط.

(١) انظر: الجامع الصغير، ص ٣٤٩؛ المدونة، ٥/١٠٩؛ الأم، ٤/١٠.
والمسألة في ت: (إذا شرط على المضارب ضمان المال أصحابنا: المضاربة جائزة والشرط باطل. مالك: لا يجوز ويرد إلى قراض مثله. ط: العقود فيها ما يتم بالقول كالبيع فيؤثر فيه الشرط، وعقد لا يتم إلاَّ بقبض بعد العقد كالعمرى فسرأنه ﷺ أن الشرط لا يفسده كذلك المضاربة).

[١٧٢٠] في المضارب ينفق على مال المضاربة[1] :

قال أصحابنا: إذا قال له اعمل فيه برأيك، فحمله بمائة من عنده أو قصره بمائة من عنده، فهو متطوع، ولا شيء له، وإن صبغ الثياب حمراء، فهو شريك فيه، بزيادة الصبغ، ولا يضمن.

وقال ابن وهب عن مالك: إذا حمله من عنده فذلك دين له في المال، فإن استغرق المال وزاد، لم يكن له على رب المال شيء.

[ص ١٩٢]

[١٧٢١] / في المضاربين يفضل أحدهما في الربح[2] :

قال أصحابنا: يجوز أن يشترط لأحد المضاربين النصف، وللآخر أقل أو أكثر.

وقال مالك: لا يجوز أن يفضل أحدهما؛ لأنهما متساويان في العمل، لا يجوز فيها التفاضل عنده، وكذلك قياس قول الشافعي.

قال أبو جعفر: لو رضي أحدهما بأن يعمل بغير شيء جاز، فكذلك إذا رضي بنقصان الربح.

---

(١) انظر الجامع الصغير، ص ٣٤٨؛ المبسوط، ٢٢/ ١٨٠؛ الكافي، ص ٣٨٥.
والمسألة في ت: (إذا اشترى بالمال شيئاً ثم أنفق من ماله في كراء أو صبغ: قال أصحابنا: لا شيء له في الكراء والقصارة، وإن كان قال: اعمل برأيك، وفي الصبغ شريك بما زاد. مالك: يرجع بالكراء ولا ربح فيه وأما الصبغ، فرب المال إن شاء وزن ما صبغ به، وإلاّ كان شريكاً بما أنفق وله ربحه، قاسه ابن القاسم إذا زاد في ثمن السلعة، إن شاء عوض وإلاّ فهو شريك. ليس للمضارب أن يستدين على المضاربة، وكذلك لا يجوز أن يجعل ماله ديناً فيه. فأما العصفر بغير خلطة به فإن كان متعدياً فرب المال بالخيار بين أن يضمن ما زاد الصبغ أو يضمن الثياب، فيخرج بالأمرين من المضاربة؛ لأنه لا يجوز أن يضمن الصبغ، فيكون في يده، وتبقى الثياب مضاربة).

(٢) انظر: المبسوط، ٢٢/٢٢؛ المدونة، ٥/ ٩٠؛ المزني، ص ١٢٢.
المسألة في ت: (المضاربان يشرّط لأحدهما ثلث الربح وللآخر سدسه: أصحابنا: جائز، مالك: لا يجوز، ط: لو سمح أن يعمل بغير شيء جاز، فكذلك إذا نقص)..

[١٧٢٢] في المضارب يدفع المال مضاربة إلى غيره[1] :

قال أصحابنا: إذا قال له اعمل فيه برأيك، على أن ما رزقك الله فبيننا نصفان، فدفعه إلى آخر مضاربة بالنصف، وبالثلثين جاز، وما حصل من الربح بينهما نصفان.

ولو قال: على أن ما كان من فضل فبيننا نصفان، كان الثلثان للآخر، والثلث للأول، وضمن الأول لرب المال تمام نصف الربح، وهو السدس.

وقال زفر: إذا قال على أن ما رزقك الله من شيء فهو بيننا نصفان، وعلى أن يعمل فيه برأيه، فدفعها المضارب إلى آخر مضاربة، أنه جائز، فإن شرط للآخر الثلثين فهو مخالف ضامن لرأس المال.

وقال محمد في المزارعة الكبير ـ مما رواه أسد بن الفرات عنه ـ : إذا دفع إليه أرضاً وبذراً على أن يزرعه، فما أطعم الله من شيء فهو بينهما نصفان، وأمره أن يعمل فيه برأيه، فدفع العامل البذر والأرض إلى رجل مزارعة على أن الثلث للدافع، وللمدفوع إليه الثلثان، أنه مخالف ضامن البذر.

وقال ابن أبـي عمران: لا فرق بين المزارعة والمضاربة في القياس.

قال ابن أبـي عمران وسمعت علياً الرازي يقول: كتبه الأخيرة التي تفرد بنصفها كالمزارعة والمضاربة ونحوها، فيها أشياء لو نظر عليها، لرجع عنها؛ لأنها مخالفة لأصوله.

وقال عثمان البتي: إذا دفع المضارب المال إلى غيره، وخرج منه إليه، فقد ضمن، وإن دفع بعضاً واتجر في بعض على غير وجه الخروج إليه، فما دفع إليه فليس بضامن، وإنما هو استعانة بغيره.

---

(١) انظر: الجامع الصغير، ٣٤٩؛ المختصر، ص ١٢٥؛ المدونة، ٥/١٠٤؛ المزني، ص ١٢٢.
لم أجد هذه المسألة في ت.

وقال مالك والليث: لا يجوز للعامل أن يفاوض غيره إلاّ بأمر رب المال، فإن دفعه إلى غيره على أن له ثلثي الربح فهو ضامن، ونصف الربح لرب المال، ونصفه للثاني، وللثاني على الأول سدس الربح.

وقال الثوري: إذا قال له: اعمل فيه برأيك، فله أن يدفعه مضاربة إلى غيره، وأحبّ إليَّ أن يفسر فيقول: / ادفعها إلى غيري؟ [١٩٣]

وقال الشافعي: إذا دفعه مضاربة إلى آخر بغير أمر رب المال، فلرب المال نصف المال، والأوّل ضامن، وللعامل نصف ما يبقى، ثم رجع وقال: هو ضامن، والربح كله للأول، وعليه أجر المثل للثاني.

قال أبو جعفر: لما كان له أن يستأجر من يعمل له في المضاربة، أذن له أو سكت، كذلك في القياس: يدفعه مضاربة إلى غيره [وإن] لم يقل: اعمل فيه برأيك.

[١٧٢٣] في شراء المضارب من رب المال وشراء رب المال منه(١):

قال أصحابنا: لرب المال أن يشتري من المضارب، والمضارب يشتري منه.

وقال زفر: لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة.

وقياس قول مالك: أنه يجوز إذا كانت حقيقته كظاهره، وهو قول الليث، وقياس قول الشافعي أيضاً: أن يجوز.

---

(١) انظر: المبسوط، ٢٢/١٥٥؛ المدونة، ٥/١٢٤؛ الأم، ٤/١٠؛ المزني، ١٢٢.
والمسألة في ت: (المضارب يبتاع من رب المال أو بيعه شيئاً من المضاربة: أصحابنا: جائز، مالك: لا تعجبني؛ لأنها إن صحت بين هذين، فأخاف أن لا يصح من غيرهما ممن يعارض).

قال أبو جعفر: ليس المضارب كالوكيل؛ لأن الثمن الذي يلزم المضارب، والثمن الذي يلزم الوكيل بالشراء يلزم الموكل مثله للوكيل، فالمضارب كالأجنبي.

[١٧٢٤] في بيع رب المال شيئاً من المضاربة بغير أمره[1]:

قال في المضاربة الصغير[2] عن أصحابنا: إذا باع رب المال جارية من المضاربة بقيمتها أو أكثر جاز البيع، ولو باع بأقل من ذلك، كان للمضارب أن يرد البيع.

وقال مالك: لا يجوز بيعه إلاَّ أن يجيزه العامل، فإن أجازه جاز في نصيب رب المال، ولم يجز في نصيب المقارض.

[١٧٢٥] في عبد المضاربة يقتل[3]:

قال [أصحابنا] في المضاربة: لا قصاص على قاتله إلاَّ أن [يجمعا] على قتله، فيقتل، وهو قول الشافعي.

وقال مالك: إذا لم يكن فيه فضل، فلرب المال أن يقتص إذا فسخت المضاربة وقد بقي في يده شيء يسير.

---

(١) انظر: المبسوط، ٢٢/ ٨٥، ٨٦.

(٢) ولعل العبارة: (قال محمد في الجامع الصغير).
والمسألة في ت: (رب المال يبيع متاعاً من المضاربة بغير أمر المضارب: أصحابنا: جائز، بقيمته، فإن نقص فلا، مالك: لا يجوز إلاَّ أن يجيزه المضارب).

(٣) انظر: المبسوط، ٢٢/ ١١٨، ١١٩؛ المدونة، ٥/ ١٢٦.
والمسألة في ت: (عبد من المضاربة يقتله عبد عمداً ولا فضل فيه أصحابنا: ليس لواحد منهما قتله إلاَّ أن يجمعا استحساناً، ابن القاسم: يقتله رب المال).

[١٧٢٦] [رد المضارب من له السفر ما كان تافهاً كخَلَق قربة][١] :

قال مالك: وإذا بقي في يدي المضارب خَلَق قربة، أو ثوب، أو شيء تافه، فهو للعامل، وإنما يرد الشيء الذي له ثمن.

وقال الليث: ما ألبس ، فلا شيء عليه، وهو للعامل، وإنما يرد الشيء الذي له ثمن، وأما الزكاة وخلق القربة ونحوها، فإنه لا يحل له حتى يستأذنه.

قال أبو جعفر: هذا لم يقله غير مالك والليث، والفقهاء كلهم على خلافه، ولا فرق بين التافه وغيره.

وقد روى عبد الرحمن بن مهدي [والقعنبي][٢] عن سعيد بن مسلم، عن عامر بن عبد الله بن الزبير / [عن عوف بن الحارث بن الطفيل][٣]. عن عائشة [١٩٤] قالت: قال لي رسول الله ﷺ: (إياك ومحقرات الذنوب، فإن لها من الله طالباً)[٤]. وإذا كان محقرات الذنوب مطلوبة ككبيرها، كان كذلك قليل التبعات ككبيرها.

---

(١) العنوان من نسخة ت، وساقط من م.
والمسألة في ت: (.. مالك والليث: لا يرد.
ط [الطحاوي] أصحابنا وغيرهم لا يبيحونه شيئاً، كيف وقد قال ﷺ: يا عائشة إياك ومحقرات الذنوب فإن لها من الله طالباً).
(٢) في الأصل: (البعنبى) هكذا رسمه في المخطوطة، ولعله القعنبي؛ إذ القعنبي من رواة سعيد بن مسلم كما في التهذيب، ٤/ ٨٣.
(٣) في الأصل: (عن طفيل بن الحارث)، والمثبت من سند ابن ماجه، وابن حبان.
(٤) أخرجه ابن ماجه بلفظ (ومحقرات الأعمال) في الزهد، ذكر الذنوب، (٤٢٤٣)، (وفي الزوائد: إسناده صحيح، رجاله ثقات). وابن حبان في صحيحه كما في موارد الظمآن، ص ٦١٧، ٦١٨.

[١٧٢٧] في المضارب يتعدىٰ[1]:

قال أصحابنا: إذا لم يقل: اعمل فيه برأيك، فدفعه إلى غيره، ضمنه والربح بين الأول والثاني على ما شرط، ولرب المال أن يضمّن أيهما شاء.

وقال عثمان البتي: إذا شرط عليه أن لا يجاوز مكاناً، فجاوزه فاشترى، فهو ضامن، وإذا اشترى على الشرط الذي كان بينهما، فصاحب المال بالخيار: إن شاء أخذ رأس ماله، وإن شاء أجاز له ما منع، وكان على شرطه.

وإن قال: اشتريته لنفسي وضمنت المال، فهو ما قال.

وإن اشتراه على الشرط الذي بينهما وقال: لم أعلم أني أضمن، فأما إذا علمت أني أضمن، فلا أجعل له شيئاً، فليس له ذلك، وهو بينهما، وإن أحب ذلك صاحب المال، فإن شاء أن يضمنه ضمنه وخلاه والربح.

وقال إياس بن معاوية: هو ضامن، والربح بينهما نصفان.

وقال سوار: هو ضامن والربح على ما اشترطا.

وقال مالك: إذا دفع إلى آخر بغير أمر صاحبه، فهو ضامن، وإن نقص فعليه النقصان، وإن ربح فلصاحب المال نصف الربح، وللعامل نصف ما بقي.

وقال الليث: إذا دفع إليه مائة دينار قراضاً، فسلف منها عشرين ديناراً وعمل بثمانين، فصارت مائة، فلصاحب المال ربح خمسين، وللعامل ربح ثلاثين؛ لأنه تعدى. ولو سلف خمسين وعمل بالخمسين الأخرىٰ حتى صارت مائة، فليس للعامل من الربح شيء، والربح كله لرب المال، ولو نقص من الخمسين التي عمل بها لم يكن عليه ضمان، وكان عليه ضمان الخمسين التي سلف.

وقال الشافعي: إذا تعدى فإن اشترى بالمال بعينه، فالشراء باطل، ولا ربح لواحد منهما، وإن اشترى بعينه فذلك للمقارض؛ لتعديه، والمال في ذمته.

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٢٥؛ المدونة، ٥/١٠٤؛ الأم، ٤/١٠؛ المزني، ص ١٢٣.

قال أبو جعفر: إذا ضمن الطالب بطلت المضاربة؛ لأن المضاربة لا تصح بمال في الذمة.

[١٧٢٨] إذا[1] نهاه رب المال عن العمل[2]:

قال أصحابنا: إذا نهاه عن العمل وفي يده دراهم أو دنانير، فنهيه صحيح، فإن اشترى بعد ذلك متاعاً ضمن، فإن[3] كان في يده عروض فنهاه كان / [١٩٥] للمضارب أن يبيعه، وكذلك لو مات رب المال.

وقال مالك: إذا كان المال على حاله أخذه منه، فإن كان قد اشترى بالمال وتجهّز ليخرج[4] به إلى سفر، فليس لرب المال أن يرده، وإن نهاه عن العمل وفي يده سلعة، فإنه ينظر السلطان، فإن رأى وجه بيعه باعه، وهو أن يكون وقت نفاق تلك السلعة، وإن لم ير وجهاً[5] أخّر السلعة حتى يرى وجه بيع.

وقال مالك: إذا قال رب المال: أنا آخذها بما تساوي، فإنه وأجنبي سواء في ذلك.

وقال الشافعي: إذا اختلف المقارض ورب المال في بيع السلعة، فالقول: قول من دعا إلى البيع.

قال أبو جعفر: لما كان للمضارب بيع ما في يده من المتاع بعد موت رب المال، لم يعمل بهبته في حياته ولم يكن كالوكيل، (إلاّ أن له مطالبته برد رأس ماله، فلا بد من البيع)[6].

---

(١) من بداية هذه المسألة بدأت الاعتماد على نسخة (ت) مرة أخرى، باعتبارها نسخة الأم؛ حيث انتهت المسائل التي وقع فيها الاختصار المخل في هذه النسخة. والله الموفق.

(٢) انظر: المبسوط، ٥٣/٢٢؛ المدونة، ١١٨/٥.

(٣) في م: (وإن كان) في الموضعين.

(٤) في م: (للخروج).

(٥) في م: (وجه بيع).

(٦) ما بين القوسين ساقطة من نسخة (م).

=

[١٧٢٩] في تقاضي مال المضاربة:

قال أصحابنا: إذا أدانه المضارب، فإنه كان فيه فضل أجبر المضارب على التقاضي، وإن لم يكن فيه فضل، لم يجبر على تقاضيه، وأحال الذي له المال حتى يتقاضاه.

وقال مالك: يجبر على التقاضي، فإن كان فيه وضيعة، فلرب المال أن لا يرضى بالحِوالة.

قال أبو جعفر: للمضارب إخراج نفسه من المضاربة متى شاء، وله أن يفعل ذلك إذا كان المال ديناً، وإن لم يكن فيه فضل، فعليه أن يحيل، وإن كان فيه فضل، فهو قد أخذ البدل عن العمل فيجبر على التقاضي.

[١٧٣٠] في موت المضارب[١]:

قال أصحابنا: إذا مات المضارب، والمضاربة عروض، فليس لرب المال بيعه، وإنما يبيعه وصيّ المضارب، فإن لم يكن له وصيّ باعه أمين القاضي.

وقال مالك: إذا مات المضارب والمال دين، وفيه ربح، فإن كان ورثته أمناء اقتضوه، ولهم حصة الميت من الربح، وإن لم يكونوا أمناء خلوا بين رب المال[٢] وبينه، ولا شيء لهم من الربح، فإن لم يفعلوا وكلوا أميناً يقتضيه، فإن لم يفعلوا، أسلم المال الدين والعروض إلى رب المال (فاقتضاه)[٣]، ولا شيء لهم من الربح.

= وصورة المسألة: «إذا اشترى المضارب بالمال وباع، فصار المال ديناً على الناس ثم أبى أن يتقاضاه...». المبسوط، ٢٢/ ٧٠.

(١) انظر: المبسوط، ٢٢/ ١٤٠؛ المدونة، ٥/ ١٣٠؛ المزني، ص ١٢٢.

(٢) في م: (بين المال).

(٣) ساقطة في (م) وكذلك في المدونة.

وقال الثوري: إذا مات رب المال، والمال متاع لم يحركه[1] حتى يأتي القاضي، فيأمره ببيعه، فإن حركه كان ضامناً له، فإذا كان موت رب المال يخرج المضارب من ولايته، ويبيعه القاضي، كذلك المضارب[2].

وقال الليث: إذا مات المضارب تقتضيه الورثة، ولهم ربح [الميت][3] وإن كرهوا ذلك استأجروا / من المال من يتقاضاه، ويقسمون ما بقي بعد الإجارة من الربح بعد رأس المال. وإن قال رب المال: أنا أتقاضاه ولا أعطيكم ربحاً، لم يكن له ذلك. [ص ١٩٦]

وقال الشافعي: لا يكون لوارثه أن يعمل ويبيع ما كان في يده، فإن كان فيه فضل، كان لوارثه، وإن كان خسراناً كان في المال.

قال أبو جعفر: لما لم يكن له نهيه عن البيع في حياته، وكان له البيع بعد النهي، كذلك وصيه[4] بعد / موته، ولا معنى لبيع الورثة، لأنهم إنما يخلفون الميت فيما ورثوا عنه، وهم لا يرثون التصرف في المضاربة، ألا ترى أن وصياً لرجل لو مات لم يخلفه الورثة في الوصية، وقام وصيه فيه مقامه. [ت ٦/ب]

وقول[5] مالك والليث: إن الورثة إذا اقتضوا المال استحقوا الربح، وإن لم يقتضوا لم يستحقوا، فلا معنى له؛ لأن الربح موروث عن الميت عملت الورثة بعد ذلك فيه أو لم تعمل، ولا يزول ملكهم[6] بتركهم التقاضي.

---

(١) في م: (يحوله).

(٢) في م: (إذا مات المضارب).

(٣) ما بين المعقوفتين زيد من (م) لاستقامة العبارة.

(٤) في م: (وصيّه).

(٥) في م: (وقال).

(٦) في م: (تركتهم).

[١٧٣١] إذا مات المضارب ولم تعرف المضاربة بعينها[(١)]:

قال أصحابنا: تصير ديناً، وهو قول الثوري، والبتي، والأوزاعي والليث.

وقال ابن أبي ليلى والشافعي: لا شيء للمودع ولا لرب المال في المضاربة.

وقال مالك فيما ذكره ابن القاسم عنه: إذا كانت عنده ودائع وقراض، ولم توجد بعينها، وعليه دين، ولم يوص بشيء يحاص أهل الودائع وأهل القراض فيما ترك.

وقال مالك: في رجل بعث رجلاً بمال إلى بلد، فقدم البلد، فهلك الرسول وقال المرسل إليه: لم يدفع إليّ شيئاً، فلا شيء لرب المال في مال الرسول، فإن هلك الرسول بالطاعون، ولم يوجد لها أثر (قال: ما أحراه أن يكون في ماله، وإن مات الرسول في الطريق فهو ضامنه في ماله وإن مات أحد الشريكين فأقام الآخر البينة أن الميت كان قبض من مالهما مائة دينار ولم يوجد)[(٢)] قال: إن كان موته قريباً من قبضه حتى نظر أن مثلها لم يشغلها في تجارته، فهو في حصته، وإن تطاول فلا شيء في ماله.

[١٧٣٢] في المضارب يدعي أنه قد رد المال[(٣)]:

قال أصحابنا: في المضارب والمودع إذا قالا: قد رددنا المال، فالقول: قولهما مع أيمانهما، وهو قول ابن أبي ليلى، والشافعي.

وقال عثمان البتي فيهما جميعاً: عليه البيّنة أنه قد ردّه، وكذلك كل أمين يدّعي الدفع.

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٢٦؛ المبسوط، ٢٢/١٤١؛ المدونة، ٥/١٣٠.

(٢) في (م): وقع سقط واختلاف بعد: (لها أثر، فهو من ماله إذا هلك قبل أن يبلغ البلد الذي بعث إليه، وقال في الشريك: إذا كان موته قريباً لم يشغلها، فلما نظر في تجارة فهو من ماله وإن تطاول فلا شيء في ماله). اهـ.

(٣) انظر: المختصر، ص ١٢٤، ١٢٥؛ المزني، ص ١٢٣؛ المدونة، ٦/١٤٨.

وقال مالك في القراض: وإن كان دفعه إليه بغير بيّنة، فهو مصدق، وإن كان دفعه إليه ببينة، فإنه يلزم حتى يقيم البينة بدفعه، وإلاَّ غرم المال، وكذلك [ص ١٩٧] الوديعة. /

وقال الأوزاعي: إذا قال: قد هلك ــ فهو أمين ــ لا شيء عليه، وإن قال: دفعتها إليك، فإن جاء ببيّنة أنه قد دفعها إليه، وإلاَّ فهو ضامن.

وقال [الليث][1]: إذا دفعه إليه ببينة، لم يصدق على الرد إلا ببينة.

قال أبو جعفر: لا يخلو الإشهاد من أن يخرجه من حكم المضاربة، أو لا يخرجه، فإن كان باقياً مع الإشهاد على المضاربة، فالقول: قوله، كما لو لم يشهد، ولما كان الإشهاد لا يخرجه من جواز التصرف فيه، واستحقاق الربح، دل أنه باق على المضاربة، لولا ذلك لكان ضامناً للمال، له ربحه، لقول النبي ﷺ: (الخراج بالضمان)[2].

ولما لم يختلف حكم الغصوب بالإشهاد أو تركه، كذلك المضاربة والوديعة وسائر الأمانات.

[ت ٧/أ] **[١٧٣٣] في عتق المضارب[3] / :**

قال أصحابنا والثوري: إذا كان رأس المال ألفاً، وقيمة العبد ألفين، فأعتقه المضارب، جاز عتقه، وكان كعبدين شريكين[4]، أعتقه أحدهما وإن كانت قيمة الجارية مثلَ رأس المال فادعى المضارب ولدها، لم يصدق، فإن زادت حتى

---

(١) في ت (مالك) والمثبت من (م)؛ حيث سبق ذكر قول مالك وبالألفاظ السابقة تقريباً ورد في المدونة من قوله، ولم يرد بهذا اللفظ فيه.

(٢) الحديث أخرجه أبو داود ــ وغيره ــ من حديث عائشة رضي الله عنها، في البيوع، فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (٣٥٠٨) والترمذي (١٢٨٥) وقال (حسن صحيح)، والنسائي، ٧/ ٢٥٤؛ ابن ماجه (٢٢٤٢).

(٣) انظر: المختصر، ص ١٢٦؛ المزني، ص ١٢٢، ٥١.

(٤) في (م): (رجلين).

صارت[1] ألفين، ثبت النسب، واستسعى الولد في حصة رب المال ألف وخمسمائة، وضمن المضارب نصف قيمة الأم.

وقد ذكر محمد في نوادر ابن سماعة: أنه إذا وطئها المضارب ولا فضل فيها فجاءت بولد فادعاه لشُبهة بتزويج، فلزمه الولد، وكل واحد منهما قيمته ألف، لم يعتق واحد منهما، فإن زادت قيمة أحدهما، جرى فيه العتق.

قال أبو جعفر: فهذا يدل على أن النسب إنما ثبت بما ادعاه من التزويج والشبهة.

وقال عثمان البتي: إذا ربح مرة ووضع أخرى، فلا ربح له إلاَّ بعد حساب جامع وإتمام لرأس المال إلاَّ أن يكون شرط لربه ربح كل ما يبين[2] فهو بمنزلة محاسبته.

قال أبو جعفر: وهذا يدل على أنه لا يملك منه شيء إلاَّ بعد محاسبته، فقياس قوله: أن لا يعتق وإن كان فيه فضل.

وقال مالك: إذا ربح ثم اشترى من ربح المال جارية فوطئها، فحملت منه، ثم نقص المال، فإنه إن كان له مال، أخذت قيمة الجارية من ماله فأوفى المال، فما كان بعد وفاء المال، فهو بينهما على شرطهما. وإن لم يكن له مال بيعت الجارية (حتى يوفي رأس المال من ثمنها)[3].

قال أبو جعفر: فلا يراعي فضل قيمة الجارية يوم وطئها / وإنما تعتبر [١٩٨] قيمتها في الوقت الذي يوفي رب المال رأس ماله. وروى ذلك عنه ابن وهب، وقال ابن وهب: ثم رجع عنه وقال أقف فيه.

---

(١) في(م) زيادة (تساوي ألفين).

(٢) في (م): (ماء).

(٣) في (م): (حتى يوفي المال كله من ثمنها).

وقال ابن القاسم عنه: إذا اشترى المضارب ولده[1] وهو يعلم، فإنه يعتق عليه، ويدفع إلى رب المال رأس ماله وربحه إن كان فيه ربح، وإن لم يكن فيهما ربح، فأسلم إلى رب المال رأس ماله، ولم يعتق. وإن كان لا مال للعامل، وكان فيه فضل، بيع منه بقدر رأس المال وربح المال فدفع إلى رب المال وعتق منه ما بقي[2].

فجعل في هذه الرواية [أنه][3] إذا كان فيه فضل [فهو][4] بمنزلة عبد بين رجلين وإذا لم يكن فيه فضل، لم يعتق.

وروى أشهب عن مالك في الزكاة أنه يعتد بالربح (ملكاً)[5] من يوم نص في يد المضارب.

وقال الأوزاعي: إذا وطئها قبل أن يقع له ربح في المال، فعليه حد الزاني، وإذا كان له فيها ربح جلد مائة جلدة، فإن حملت، قوّمت ودفعت إليه، ورد على صاحب المال ما صار به فيها.

وقال الليث: إذا ابتاع جاريتين، فأعتق إحداهما؛ وأحبل الأخرى، فإنهما [يباعان][6] جميعاً، ويكون الولد لأبيه بقيمته، فما نقص من القراض، فعليه ضمانه، وما زاد فهو بينهما، ولم يذكر فرقاً بين أن يكون كل واحدة أكثر من رأس المال أو مثله.

[ت ٧/ب] وقال الشافعي: إذا / اشترى سلعة تساوي ألفين وحال الحول، ففيه

(١) في (م): زيادة (وهو موسر).
(٢) في (م): زيادة (ما بقي علم).
(٣) ما بين المعقوفتين زيد من (م): لاستقامة العبارة.
(٤) ما بين المعقوفتين زيد من (م): لاستقامة العبارة.
(٥) ساقط من (م).
(٦) في (م): (يباعان) وهو المثبت، وفي الأصل (يتنازعان).

قولان: أحدهما تزكى السلعة كلها؛ لأنها من مال مالكها، لا شيء للمضارب فيها حتى يستوفي رب المال رأس المال.

والقول الآخر: إن على رب المال زكاة ألف وخمسمائة [ووقفت][1] الزكاة في خمسمائة فإن حال عليها حول ثان، وبلغت ألفين زكيت الألفين؛ لأنه قد حال على الخمسمائة الحول من يوم صارت للمقارض، وإن نفقت السلعة فلا شيء على رب المال ولا على المقارض.

وحكى المزني عنه: أنه إذا اشترى ابن نفسه لم يعتق عليه، سواء كان فيه فضل أو لم يكن فيه؛ لأنه لا ربح له إلاَّ بعد قبض رأس المال.

قال أبو جعفر: لا يختلفون أن رب المال لو أعتقه، وقيمته ألفان، أنه يضمن حصة المضارب منه، فدل على أن المضارب مالك له. فإن قيل: فكيف أجزت للمضارب أن يأخذ الربح بالعتق / قبل أن يستوفي رب المال رأس ماله. [١٩٩]

قيل له: لم نبح له ذلك، ولكن العتق قد نفذ، وحصل الاستهلاك، كما لو أعتق رب المال عتق رأس ماله [وحصته][2] من الربح، وقد استوفى ربحه قبل المضارب.

قال أبو جعفر: وقال أبو حنيفة: لو كانت قيمة كل واحد من العبدين ألف درهم لم ينفذ عتق المضارب فيهما، ولا في أحدهما.

وقال زفر: يجوز عتقه في نصيبه، أعتقهما أو أعتق أحدهما.

قال أبو جعفر: لو أعتق رب المال أحدهما عتق جميعه، وكان مستوفياً لرأس ماله. فدل على أن [رأس ماله][2] في كل واحد على حياله، فلا ربح إذاً للمضارب فيه.

---

(١) في النسختين (ودقعت) والمثبت من نص المزني.

(٢) الزيادة من نسخة (م): في الأصل (رأس المال ماله) والمثبت من (م).

[١٧٣٤] في أخذ الربح قبل القسمة:

قال أصحابنا: إذا اقتسما الربح ومال المضاربة على حاله، فضاع بعد ذلك، فإن قسمتها باطلة، وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله، وما أخذه المضارب يردّه، وهو قول الثوري والشافعي.

وقال مالك: إذا أذن لرب المال في أخذ الربح، وقال: رجوت السلامة، وحلف رد المضارب ما أخذه.

وقال الليث: إذا أذن له رب المال في أخذ الربح، فأخذه ثم هلك رأس المال، لم يرد المضارب شيئاً، وإن أخذه بغير إذنه كان عليه أن يجبر المال بالربح الذي قبضه.

قال أبو جعفر: لا يحصل ربح إلاَّ بعد حصول رأس المال، ولا يختلفون أنه لو ضاع شيء من المال قبل أن يقبضه، أنه يهلك من الربح دون رأس المال، فلا فرق بين أن يقبض المضارب ربحه أو لا يقبضه.

[١٧٣٥] في جناية رب المال على المضاربة[١]:

قال أصحابنا: ما استهلكه رب المال من المضاربة صار به مستوفياً لرأس ماله، وما استهلكه المضارب يضمنه.

وقال مالك: لا يكون مستوفياً لرأس ماله، ولكنه يكون به ديناً عليه، إلاَّ أن يحاسبه، فيجعل[٢] من رأس المال.

قال أبو جعفر: إذا كان الذي لزم رب المال من جنس المال، فلا سبيل للمضارب عليه؛ لأن لرب المال استرجاعه منه، إذا صار في يده.

---

(١) انظر: المبسوط، ٢٢/١٦٨، ١٦٩.

(٢) من (م): (فيجعله).

[١٧٣٦] إذا اشترى المضارب فهلك في يده الثمن[(١)] / : [ت ٨/أ]

قال أصحابنا: إذا اشترى المضارب بألف من المضاربة عبداً يساوي ألفاً، فهلك المال في يده قبل أن ينقده، فإنه يرجع على رب المال به، ويكون رأس ماله / ألفين في المضاربة.

وقال مالك والليث: يقال لرب المال: إن شئت فادفع الثمن، وتكون السلعة قراضاً على حالها، وإن أبىٰ لزم المقارض ثمنها[(٢)]، وكانت له، فإن لم يكن له مال بيعت عليه، وكان له الربح، وعليه النقصان. (وقال مالك: فإن أدى رب المال، فرأس المال ألف)[(٣)].

وقال الثوري: يرجع على رب المال.

وقال الشافعي: إذا اشترى وجاء ليدفع المال، فوجده قد ضاع، فليس على صاحب المال شيء، والسلعة للمقارض.

قال أبو جعفر المضارب [أجير][(٤)] بجزء من الربح فيرجع كما يرجع الأجير.

[١٧٣٧] في المضارب يدعي أنه أنفق في سفره من ماله ويريد الرجوع[(٥)]:

قال أصحابنا: لا يصدق على الرجوع عليه، وإن كان أميناً فيما يصرف فيه.

---

(١) انظر: المبسوط، ٥١/٢٢؛ الكافي، ص ٣٨٥.

(٢) في (م): (يمينها).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من (م).

(٤) ما بين المعقوفتين مزيد من (م).

(٥) انظر: الجامع الصغير، ص ٣٤٨؛ المبسوط، ٧٣/٢٢.

وقال مالك: هو مصدق يرجع (بما أنفقه من مال)[1] إذا كانت نفقة مثله. وهو قياس قول الشافعي في مسألة ذكرها في الإجارة إذا أذن له في النفقة على الإبل، وقياس قول الثوري: مثل قول أصحابنا.

قال أبو جعفر: إنما يكون أميناً في (رفع)[2] الضمان عن نفسه، لا في إيجابه على غيره.

[١٧٣٨] في اختلافهما في الربح[3]:

إذا ربح فقال رب المال: شرطت لك النصف، وقال المضارب: الثلثين، فالقول: قول رب المال.

وقال مالك: القول قول المضارب في عمل مثله في تعامل الناس، وإن جاء بشيء مستنكر، لم يصدق، وردّ إلى عمل مثله، وهو قول الليث.

وقول الثوري كقول أصحابنا.

وقال الشافعي: يتحالفان ويتفاسخان، وللمضارب أجر مثله على رب المال.

(ط: إذا كان رب المال لو قال: دفعته بضاعة صدق، كذلك إن أقر بربح ما)[4].

[١٧٣٩] في اختلافهما في رأس المال[5]:

قال أبو جعفر: ذكر محمد في الإملاء: أنه إذا جاء بألفين، فقال رب

---

(١) في (م): العبارة (بما قال أنفقته من مالي).
(٢) في (م): (دفع).
(٣) انظر المبسوط، ٢٢/٨٩؛ المدونة، ٥/ ٩٠؛ المزني، ص ١٢٣.
(٤) ما بين القوسين ساقطة من (م).
(٥) وفي المبسوط: «. . . فالقول قول المضارب مع يمينه»، ص ٢٢/ ٢٧.

المال: رأس المال ألفان، وقال المضارب: ألف، فالقول: قول رب المال في قول أبي حنيفة الأول، ثم رجع فقال: القول قول المضارب، والفقهاء كلهم على القول الثاني من قوله.

[١٧٤٠] في المضاربة الفاسدة[١]:

قال أبو حنيفة: إذا دفع المال مضاربة، ولم يسم ربحاً، فهذه مضاربة فاسدة ولا ضمان عليه فيه، وله أجر مثله، والربح لرب المال كله، والوضيعة عليه. وفي قولهما: / يضمن؛ لأنه أجير مشترك. [٢٠١]

وقال مالك: إذا لم يسم ربحاً، رد إلى قراض مثله[٢]، وإن دفع إليه مالاً قراضاً على أن يسلفه رب المال سلفاً، فللعامل أجر مثله، وجميع الربح لرب المال، وكذلك إن قال: على أن لرب المال درهماً من الربح (زيادة)[٣].

وقال مالك: إذا شرط عليه ضمان المال، فله قراض مثله / ولا ضمان [ت ٨/ب] عليه، وكذلك إن شرط مضاربة إلى سنة، رد إلى قراض مثله.

وقال الشافعي في المضاربة الفاسدة: له أجر مثله، والربح والمال لربه.

آخر كتاب المضاربة

● ● ●

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٢٥؛ المبسوط، ٢٢/٢٥؛ المدونة، ٥/١٠٩؛ المزني، ص ١٢٣.

(٢) في (م): زيادة (وكذلك إن شرط).

(٣) ساقطة من (م).

كتاب الوكالة

[١٧٤١] في وكالة الحاضر[(١)]:

قال أبو حنيفة وزفر: لا يجوز توكيل الحاضر بالخصومة إلاَّ برضاء خصمه، أو عذر من مرض.

وقال أبو يوسف، [ومحمد]، وابن أبي ليلىٰ، والشافعي: يقبل من كل أحد بغير رضا الخصم.

وقال مالك: ليس له أن يوكل في ابتداء الخصومة إلاَّ من علة، فإذا أدليا بحجتهما، وحلف أحدهما أن لا يخاصم الآخر، وعرف منه أذى وشتم وكانت غيبته لذلك، فله أن يوكل؛ وأما المرأة ومن لا يرضىٰ أن يختلف إلى القاضي[(٢)]، ومن يضعف عن حجته، فليوكل من افتدى الخصومة، فله أن يوكل؛ لأنه ليس في هذا الدار ولا ضرر.

وقال عبيد الله بن الحسن: لا يقبل من الرجل الجريء إلاَّ من عذر، ويقبل من المرأة إذا كانت غير خراجة، أو كانت حائضاً لا يصلح لها دخول المسجد، وأما إذا كانت تخرج لم تقبل منها الجراية.

قال أبو جعفر: قال النبي ﷺ لعبد الرحمن بن سهل الأنصاري لما خاصم

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٠٨؛ المزني، ص ١١٠؛ الكافي، ص ٣٩٤؛ الإشراف، ٢/ ٤٥٠.

(٢) في (م): (غير القاضي).

إليه في دم أخيه عبد الله بن سهل الذي وجد قتيلاً بخيبر بمحضر من عميه حويصة ومحيصة ابني مسعود ـ كبّر كبّر ـ[١] يريد: ولّي الكلام في ذلك الكبير منهما، فتكلم حويصة ثم محيصة، وكان الوارث عبد الله بن سهل دونهما، فكانا وكيلين.

وكان علي رضي الله عنه يوكّل عقيلاً، ثم لما أسنّ عقيل، قال عبد الله بن جعفر وكيلي، فما قضى له فلي، وما قضى عليه فعليّ[٢]، فخاصم عبد الله بن جعفر طلحة في ضفير[٣] أحدثه عليّ رضي الله عنه / في أرضه إلى عثمان رضي الله عنه، وقبل الخصومة، فهذا اتفاق منهم على جواز توكيل الحاضر. [٢٠٢]

[١٧٤١ ب] فيمن أراد تثبيت وكالة من غائب[٤]:

قال أصحابنا: لا تقبل بينته إلاَّ أن يكون هناك خصم حاضر.

وقال ابن أبي ليلىٰ، ومالك، والشافعي: تقبل وإن لم يحضر خصم[٥].

قال أبو جعفر: اتفقوا على أنه لا تسمع البينة على حاضر إلاَّ بعد سؤاله عما ادعاه عليه، وسماعه منه، كذلك الغائب.

---

(١) أخرجه البخاري، في الأدب، إكرام الكبير (٦١٤٢، ٦١٤٣). ومسلم، في القسامة، (١٦٦٩).

(٢) انظر: المغني، ٥/ ٦٥.

(٣) في (م): (صفين)، والصحيح كما في ت، والضفير: المسناة: (مجتمع الرمل، أو سد يعترض به الوادي). كما في المغرب (ضفر) وقال الفيومي بالتأنيث: (والضفيرة: الحائط يبنى في وجه الماء وهي المسناة). المصباح: (ضفر).

(٤) انظر: المختصر، ص ١٠٩؛ المزني، ص ١١٠؛ الكافي، ص ٣٩٥.

(٥) في (م): (وإن لم يكن خصم حاضر).

[١٧٤٢] في إقرار الوكيل بالخصومة(١):

قال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز إقراره على الموكل عند غير القاضي، ويجوز عند القاضي.

وقال أبو يوسف: يجوز عند قاض وغير قاض.

وقال زفر: لا يجوز عند غير قاض ولا عند قاض، وهو قول الشافعي.

قال أبو جعفر: لا يختلفون أنه لو قال من غير توكيل: ما أقر به فلان عليّ، فهو لازم لي / ، أنه لا يلزمه إقراره، وكذلك الوكيل. [ت ٩/أ]

[١٧٤٣] في الوكيل يوكل(٢):

قال أصحابنا: ليس له أن يوكل إلاَّ بإذن الموكل له، وهو قول مالك، والثوري، والشافعي.

وقال ابن أبـي ليلىٰ: له أن يوكل بذلك إذا أراد أن يغيب أو مرض.

قال أبو جعفر: هو لم يوكله في التوكيل، والوكالة لا تستحق بعمومها التصرف، وليس كذلك الوصاية(٣)، ألا ترى أنه لو قال: قد وكلتك، لم يستحق به التصرف.

ولو قال: قد أوصيت إليك، استحق به التصرف على العموم، فوجب أن

---

(١) انظر بالتفصيل: المبسوط، ١٩/٤، ٥.
«واختلف قول مالك في قبول إقرار الوكيل بالخصومة عند القاضي على موكله، فمرة أجازه ومرة أباه، وقال: لا يلزم موكله ما أقر به عليه، ولا يقبل القاضي ذلك منه وجرى العمل عندنا على أنه جعل إليه الإقرار عليه، لزمه ما أقر به عند القاضي..». الكافي، ص ٣٩٥.

(٢) انظر: المختصر، ص ١٠٩؛ المبسوط، ١٩/٣١؛ المزني، ص ١١٠؛ الكافي، ص ٣٩٤.

(٣) في (م): (الوصية).

يستحق به عموم التصرف على الميت، وإن لم يكن مذكوراً، كما استحق سائر وجوه التصرف، ولم يستحق ذلك بالوكالة؛ لأنها لا تقع إلاَّ خاصة على حسب ما يقتضيه لفظ الموكل من الخصومة.

[١٧٤٤] في وكالة الصبيّ و [العبد][(١)] المحجور عليه[(٢)]:

قال أصحابنا: إذا كان الصبي يعقل والعبد[(٣)]، جاز توكيلهما، والعهدة على الآمر.

وقال مالك: لا يجوز الإذن للصبي في التجارة، عبداً كان أو حراً.

والشافعي يُجوّز توكيل العبد المحجور عليه بالخلع ونحوه ولا يُجَوِّز توكيل غير بالغ، ولا معتوه.

قال الشافعي: ولو جاز (له)[(٤)] إقراره إذا أذن له أبوه في التجارة، لجاز أن يأذن له في طلاق امرأته، أو يأمره بقذف رجل، فيحده.

قال أبو جعفر: الوكيل إنما يفعل ذلك للذي وكّله، لا لنفسه، فلا معنى لاعتبار حال التوكيل؛ لأن اعتبار / حاله في تصرفه إنما يجب فيما يتصرف فيه [٢٠٣] لنفسه ألا ترى أنه لو وكّل صبياً بهدم داره، أو ذبح شاته، ففعل، أنه لا شيء عليه فيه. ولولا أن الوكالة صحيحة، لضمن، كذلك يقوم مقامه في العقود، وليس ذلك كإذنه في طلاق امرأة الصبيّ؛ لأن [الأب][(٥)] لا يملك [ذلك][(٦)]،

---

(١) الزيادة من (م).

(٢) انظر: المختصر، ص ١١٠؛ المبسوط، ١٢/١٩؛ المزني، ص ١١٠؛ المهذب، ١/٣٥٦؛ الإشراف، ٢/٤٥١.

(٣) في (م): (فالعقد) وهو تصحيف.

(٤) ساقطة في (م).

(٥) ما بين المعقوفتين من (م)، وفي (ت): (الإيلاء).

(٦) زيد من (م).

فلا يصح توكيله به، وهو يملك التصرف على نفسه في البيع والشراء، وسائر العقود، فيصح توكيل الصبيّ به، وكذلك يملك التصرف على الابن في الشراء والبيع، فيجوز إذنه له فيه:

وقد روى يزيد بن هارون، عن حماد بن سلمة، عن ثابت البناني عن عمر بن أبي سلمة، عن أم سلمة (أن النبي ﷺ خطبها، فقالت يا رسول الله إني مصبية، وليس أحد من أوليائي شاهد، قال: «ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك»، فقالت: يا عمر: زوّج النبي ﷺ، فتزوّجها)[1].

[١٧٤٥] إذا وكّله بالشراء بما عليه من الدين:

قال أبو حنيفة: إذا أمره أن يشتري عبداً بعينه بما عليه من الدين، جاز، وإن كان بغير عينه، لم يجز.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز في الوجهين جميعاً.

وقال مالك: إن قال: أسلفه في طعام، لم يجز، وإن قال: اشتر بها سلعة نقداً، فإن كان الآمر والمأمور حاضرين جاز، وإلاّ لم يجز.

[١٧٤٦] في البيع بقليل الثمن من الوكيل[2]:

قال أبو حنيفة: إذا وكله ببيع عبده، فباعه بقليل أو كثير جاز.

وقال أبو يوسف، ومحمد، [ومالك][3]، والشافعي: لا يجوز إلاّ بما يتغابن فيه / ، والشراء لا يجوز عليه إلاّ بما يتغابن الناس فيه، فإن اشترى بأكثر، [ت ٩/ب] لزمه دون الآمر في قول أصحابنا والشافعي.

وقال مالك: يكون موقوفاً على إجازة الآمر.

---

(١) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٣/ ١٢.

(٢) انظر: المبسوط، ١٩/ ٣٦؛ المزني، ص ١١١؛ المدونة، ٤/ ٢٤٥.

(٣) ما بين المعقوفتين مزيد من (م).

قال أبو جعفر: لم يختلفوا في الوصيّ أنه لا يبيع إلاّ بما يتغابن فيه، فكذلك الوكيل.

[١٧٤٧] فيمن وكّل بالشراء بثمن ذكر له فابتاع بأقل[١]:

قال أبو حنيفة من غير خلاف: إذا وكله أن يشتري له شيئاً بعينه بثمن ذكره له، فاشتراه له بأقل من ذلك الثمن، أنه لا يكون مخالفاً، ويلزمه ما اشترى، وهو قول مالك والشافعي.

[٢٠٤] وقال زفر: الشراء للمأمور، ولا يلزم الآمر. /

وقال الحسن بن حي: هو مخالف، والآمر بالخيار.

قال أبو جعفر: الشراء بألف غير الشراء بألفين، ألا ترى أنه لو قال: قد اشتريت [منك][٢] هذا العبد بألفي درهم، فقال: قد بعتكه بألف، أنه لا ينعقد بينهما بيع، كذلك الوكالة في القياس.

[١٧٤٨] [في] الوكيل يبيعه من نفسه[٣]:

قال أصحابنا، ومالك، والشافعي: لا يبيعه من نفسه.

[وقال الأوزاعي: يبيعه من نفسه إذا علم صاحبه، وقال الليث: يبيعه من نفسه][٤] ناقصاً ما يعطى بها أو أكثر، وفي الصرف لا يبيعه من نفسه إلاّ أن يكون [الآمر][٥] حاضراً.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٩/ ٦٠؛ المدونة، ٤/ ٢٤٥.

(٢) في الأصل: (مثل)، والمثبت من (م): وهو المناسب للسياق.

(٣) انظر: المختصر، ص ١١٠؛ المبسوط، ١٩/ ٣٢؛ المزني، ص ١١١؛ الكافي، ص ٣٩٦.

(٤) ما بين المعقوفتين ساقطة من الأصل، وزيدت من (م).

(٥) المثبت من (م).

[١٧٤٩] في الوكيل بالسلم إذا أسلم إلى أبيه[١] ونحوه:

قال أبو حنيفة: لا يجوز أن يسلمها إلى أبيه وابنه، ولا من لا تجوز له شهادته.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز إلاَّ من عبده ومكاتبه ومفاوضه.

وقال مالك: يجوز إذا لم يكن فيه محاباة، إلاَّ في مفاوضة، أو ابنه الصغير.

[١٧٥٠] في الوكيل يبيع بغير الدراهم والدنانير[٢]:

قال أبو حنيفة: في رجل وكّل رجلاً ببيع داره، فباعها بعرض من العروض، جاز.

وقال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي: لا يبيع إلاَّ بدراهم أو دنانير.

وقال مالك: إذا باعها بعرض، لم يلزم الآمر، وأحب[٣] إلي أن يباع العرض، فإن كان فيه فضل عن قيمة المبيع، كان للآمر، وإن كان فيه نقصان، ضمن الوكيل.

[١٧٥١] في الوكيل يشتري من يعتق على الآمر:

قال أصحابنا: إذا وكله بأن يشتري له جارية، فاشترى أمه أو بنته، جاز، ولزم [الآمر][٤]، وعتقت عليه.

وإن قال: اشتر لي جارية أطئها، أو قال: أبيعها، فاشترى هؤلاء، لزم المأمور، دون الآمر، وهو قول الشافعي.

---

(١) في (م): (ابنه).

(٢) انظر: المبسوط، ١٩/٣٧؛ المزني، ص ١١١؛ المدونة، ٤/٢٤٨؛ الكافي، ص ٣٩٦.

(٣) وفي هامش (ت): (والأحب).

(٤) الزيادة من (م).

وكذلك روى الحسن بن زياد في هذه المسائل وقال عن أبي حنيفة: إذا كان الآمر قد حلف بعتق كل مملوك يملكه إلى ثلاثين سنة، فاشترى المأمور عبداً بأمر الآمر، أو أمة، عتق من مال الآمر، إلاَّ أن يكون المأمور قد علم بيمين الآمر في هذه المسألة.

[ت ١٠/أ] وفي الأولىٰ / فيكون المأمور مخالفاً ويلزمه الشراء لنفسه.

وقال مالك: إذا وكله أن يشتري له أمة، فاشترى أمَّه أو ابنته، فإن علم، لم يجز على الآمر، وإن لم يعلم، جاز عليه.

وقال الليث: إذا أمره أن يبتاع له عبداً، فاشترى [أخاه][1] وهو لا يعلم، فإني أكره ذلك، ولا يعتق عليه، ولكنه يباع، فإن كان فيه فضل، كان له، وإن كان نقصان، كان عليه، ولا شيء على الوكيل.

[٢٠٥] / قال أبو جعفر: حقوق الآدميين لا يختلف في حال الجهل والعلم، كذلك[2] هذا.

[١٧٥٢] في ضياع الثمن من الوكيل[3]:

قال أصحابنا: إذا دفع إليه ألف درهم وأمره أن يشتري له بها داراً، فاشتراها، وهلكت الدراهم بعد الشراء، فإنه يرجع بمثلها على الآمر، ولو لم يدفع الدراهم حتى اشترى، ثم دفعها إليه فهلكت، ضمن الوكيل ألفاً[4] من ماله للبائع، ولا يرجع بها على الآمر.

وقال مالك: يرجع بها على الآمر في هذه أيضاً.

---

(١) في الأصل: (جاره)، والمثبت من (م).
(٢) في (م): (فكذلك).
(٣) انظر: المبسوط، ١٩/٦٥؛ المدونة، ٤/٢٥٣؛ الكافي، ص ٣٩٦.
(٤) في (م): (أيضاً).

قال أبو جعفر: لا يختلفون أنه لو دفعه إليه قبل الشراء، كان هالكاً من مال الآمر؛ وذلك لأنه قبضها وهو أمين فيها، لا بحق واجب له عليه، وإذا قبضها بعد الشراء، فإنما قبضها بحق واجب ديناً له عليه، فهو في ضمانه، ألا ترىٰ أنه كان مجبراً على دفعها إليه.

[١٧٥٣] في الوكيل بالبيع أو التزويج إذا قال قد فعلته[١]:

قال أبو حنيفة: إذا قال الوكيل بالتزويج زوّجته أمسِ لم يصدق إلاّ بشهود، وفي البيع يصدق.

وقال أبو يوسف ومحمد: يصدق فيهما، وهو قول مالك وكذلك قال الشافعي: في الوكيل بالبيع، ولا يحفظ (عنه شيء)[٢] في التزويج.

[١٧٥٤] في الوكالة بشراء دار أو عبد أو نحوه[٣]:

قال أصحابنا: إذا كان الجنس مجهولاً، لم يجز، مثل أن يقول: اشتر لي ثوباً؛ لأنها أجناس مختلفة، وإن قال: هرويا، جاز، وإن لم يسم الثمن. وإن قال: اشتر لي عبداً، لم يجز، فإن سمّى رومياً ونحوه، أو سمى الثمن جاز. وإن كان وكله أن يشتري له حماراً ولم يسم الثمن، فهو جائز.

فإن قال: اشتر لي داراً، لم يجز، وإن سمى الثمن جاز.

وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز وإن سمى الثمن، حتى يسمي المصر الذي يشتري له فيه.

قال مالك: إذا أمره أن يشتري جارية، أو ثوباً، فإن اشترى ما يصلح أن

---

(١) انظر: المبسوط، ١٩/٥٦؛ المزني، ص ١١١؛ الكافي. ص ٣٩٦.
(٢) ساقطة من (م).
(٣) انظر: المختصر، ص ١١٢؛ المبسوط، ١٩/٣٩.

يكون من جواري الآمر، ومن ثياب الآمر، جاز، وإن اشترى مالاً يشبه أن يكون من جواريه أو من ثيابه، لم يجز على الآمر إلاَّ أن يشاء، ويلزم المأمور.

قال أبو جعفر: لا معنى لاعتبار ملك ما يكون من جواري الآمر ومن ثيابه؛ لأنه قد يشتري ما لا يشتهيه من ذلك، لهبة أو صدقة أو غيره [أو تجارة أو عتق](١).

[١٧٥٥] إذا اشترىٰ جارية معيبة(٢):

قال أبو حنيفة: إذا وكله أن يشتري له جارية، فاشتراها عمياء، أو مقطوعة اليدين، جاز على الآمر. / [٢٠٦]

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز.

وقال مالك: ما كان من العيوب مفسداً، لم يجز على الآمر.

[١٧٥٦] في الوكيل يدعي البيع(٣):

قال أصحابنا: إذا قال الوكيل بالبيع: قد بعته من فلان بألف درهم، وجحد فلان البيع، ولا بيّنة للوكيل، فلا ضمان عليه، وهو قول سائر أهل العلم.

وقال مالك: يضمن الوكيل الثمن؛ لأنه أتلفه حين لم يُشْهِد.

قال أبو جعفر: لا يختلفون أنه لو قال المودع: رددت الوديعة، أو هلكت، وقد كان دفعه إليه بغير بينة: أن القول: قوله؛ لأنه أمين، كذلك الوكيل.

[١٧٥٧] إذا ابتاع الوكيل زيادة على ما وكّل به(٤):

[قال] محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: إذا وكله أن يشتري له عشرة

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من (م).

(٢) انظر: المبسوط، ١٩/٣٩؛ الكافي، ص ٣٩٧.

(٣) انظر: المبسوط، ١٩/٥٣؛ المزني، ص ١١١؛ الكافي، ص ٣٩٧.

(٤) انظر: المبسوط، ١٩/٥٧؛ الكافي، ص ٣٩٦؛ المهذب، ١/٣٦٢.

أرطال لحم بدرهم، فاشترى عشرين رطلاً بدرهم، لزم الآمر منها عشرة أرطال بنصف درهم، وكان للمأمور عشرة أرطال بنصف درهم، ولم يذكر خلافاً. وكذلك روي عن أبي يوسف في الإملاء.

وذكر ابن سماعة عن محمد: أنه إذا أمره أن يشتري له خمسة أرطال سمن بدرهم، فاشترى له خمسة أرطال وأوقية بالدرهم لزم الآمر كله، إذا كان يسيراً، فإن اشترى له عشرة أرطال بدرهم، لزم الآمر خمسة منها بنصف درهم.

وأصحاب مالك يقولون: قياس مذهبه: أن يلزم الجميع الآمر بالدرهم.

وقال الشافعي فيه قولان: أحدهما أن صاحب المال بالخيار: إن شاء أخذ الجميع بالدرهم، وإن شاء أخذ ما أمر به بحصته من الثمن.

والقول الآخر: أنه يلزم الآمر جميع ما اشتراه بالثمن.

قال أبو جعفر: قد روي فيما يدخل في هذا المعنى: حديث عروة البارقي، (وهو ما رواه سفيان بن عيينة، عن شبيب بن غرقدة، عن عروة البارقي، أن رسول الله ﷺ: أعطى رجلاً ديناراً يشتري له أضحية، فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار، فأتى النبي ﷺ، فقال: هذه أضحية، وهذا دينار ربحه، فدفع إليه بالدينار، ودعا له بالبركة)[1].

وقد روى الشافعي هذا الحديث عن سفيان فقال: فيه عن شبيب، أنه سمع الحيّ يقولون: أعطى رسول الله ﷺ، وذكر الحديث[2]، فصار الحديث عن رجال الحيّ.

وقد روى سعيد بن زيد أخو حماد بن زيد قال: حدثنا الزبير بن الخريت

(١) انظر الحديث برواياته المختلفة، السنن الكبرى، ٦/ ١١٢.
(٢) ترتيب مسند الإمام الشافعي، ٢/ ١٥٩، ١٦٠.

قال: وحدثنا أبو لبيد لِمَازة بن زبّار[1]، عن عروة بن أبي الجعد البارقي، وذكر الحديث[2].

[٢٠٧] سعيد بن زيد ليس بقوي[3] عند أهل الحديث، / إلاَّ أنه قد رواه مع سعيد، هارون النحوي[4]: قال حدثنا الزبير بن الخريت عن أبي لبيد البارقي.

وهذا حديث مستقيم السند، معروف الرواة، فثبت صحة ملك النبي ﷺ للشاتين، لولا ذلك لما أخذ منه الدينار، ولما أمضى له البيع.

[ت ١١/أ] [١٧٥٨] / في الوكيل يأخذ السلم[5]:

قال أصحابنا: إذا وكلَّه بأن يأخذ له دراهم في طعام، فأخذها الوكيل إلى أجل مسمى، فالسلم على الوكيل خاصة، ولا يصح على الآمر، فإن دفع الدراهم إلى الآمر كانت قرضاً على الآمر للوكيل. وقال يصح السلم على الآمر، والدراهم للآمر.

وقال مالك: وإن شرط المسلم على الوكيل أنه إن لم يرض الآمر فالسلم عليك للأجل، فهو جائز كما قال.

وقال مالك: [لو وكَّله][6] بأن يسلم له دراهم في طعام، فأسلمها، فللآمر أن يطالب المسلم إليه بالطعام إذا حلّ الأجل، وإن لم يحضر المأمور.

---

(١) انظر: التقريب، ص ٤٦٤؛ وفي (م): (لمازة بن زياد)، والمثبت من التقريب هو الصحيح.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ٦/ ١١٢.

(٣) هكذا قال البيهقي، وقال ابن حجر: «صدوق له أوهام من السابعة». التقريب، ص ٢٣٦.

(٤) هو: هارون بن موسىٰ الأزدي العتكي مولاهم، الأعور النحوي، ثقة مقرىء إلاَّ أنه رمي بالقدر من السابعة» التقريب، ص ٥٦٩.

(٥) انظر: الأشراف لابن المنذر، ٢/ ٤٨٤؛ المبسوط، ١٢/ ٢٠٥؛ المدونة، ٤/ ٢٥٢.

(٦) زيدت من (م).

[١٧٥٩] في [الوكيل][١] يدفع دراهم إلى آخر[٢]:

قال أصحابنا: إذا دفع إليه دراهم، وأمره أن يدفعها إلى رجل، فقال: قد دفعتها، فالقول: قوله في براءة نفسه، ولا يصدق على الآخر.

وقال مالك: إن لم يقم الرسول البينة أنه قد دفعها، ضمن. وإن كان الرسول شرط على الآمر أن يكون القول: قوله، وأن لا يشهد عليه إذا دفعه، فلا ضمان على الرسول إذا قال قد دفعت.

قال أبو جعفر: لما كان الوكيل[٣] أميناً، كان مصدقاً في براءة نفسه، كما هو مصدق في متاعه.

فإن قيل: قال الله عز وجل: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء/٦]، والأوصياء مؤتمنون، وقد أمروا بالإشهاد.

قيل له: فائدة أمانة المؤتمنين عليهم لا يغير ذلك.

وقد وافقنا مالك: على أنه لو دفع إليه دراهم وأمره أن يتصدق بها على المساكين، أنه مصدق فيها بغير[٤] بيّنة، كذلك الوكيل في دفعها إلى رجل بعينه.

[١٧٦٠] فيمن يؤمر بأن يقضي عنه دراهم، فيدفع إليه دنانير[٥]:

قال أصحابنا: إذا أمره أن يقضي عنه فلاناً عشرة دراهم له عليه، فباعه

---

(١) في الأصل: (التوكيل) والمثبت من (م).

(٢) انظر: المختصر، ص ١١٠؛ الكافي، ص ٣٩٥، ٣٩٦.

وقال الشافعي في المزني: «ولو أمر الموكل الوكيل أن يدفع مالاً إلى رجل، فادعىٰ أنه دفعه إليه، لم يقبل منه إلَّا ببينة»، ص ١١٠.

(٣) في (م): (الرسول).

(٤) في (م): (من غير).

(٥) انظر: المبسوط، ٣٦/١٩.

المأمور بها دنانير أو ثوباً، جاز، وكذلك لو دفعها إليه ليقبضها، فأعطاه دراهم غيرها من غيره، أو باعه ثوباً، جاز، ولم يكن [متطوعاً][(١)].

وقال مالك: إذا قال لي[(٢)] رجل أقرضني دراهم! فأمرت رجلاً لي عليه دراهم أن يدفعها إليه قرضاً مني، فأعطاه / مكانها دنانير، أو باعه بها ثوباً، فهو جائز، وعلى القابض الدراهم قرضاً للآمر. [٢٠٨]

وقال الليث: فيمن أمره رجلاً أن يقضي عنه (رجلاً ديناراً، فأعطاه دراهم، فهو مخير عند القضاء، إن شاء أخذ منه ديناراً، وإن شاء أخذ منه عدد الدراهم التي قضىٰ عنه.

وقال الشافعي: إذا أمره أن يقضي عنه ديناراً)[(٣)] فرضي الذي له الدينار بثوب مكان الدينار، أو طعاماً أو دراهم، فللقاضي على المقضى عنه الأقل من دينار، أو قيمة ما قضى عنه.

قال أبو جعفر: لم يختلفوا أن المأمور غير متطوع فيما دفع، فالأولى أن يرجع عليه بالدين؛ لأنه المأمور بقضائه دون غيره، وقد وقع القضاء وبرىء منه.

[١٧٦١] فيمن يأمر غيره بقسمة مال في سبيل الله أو عتق ثم يموت:

قال أبو جعفر: قال الليث: في رجل أعطى رجلاً مالاً في صحته ليقسمه في سبيل الله، أو يعتق عبداً / ثم يموت صاحب المال قبل أن يفرغ الرجل من ذلك، أنه إن كان أشهد على دفع المال إليه، [وأبرزه][(٤)] فإنه ينفذ فيه ما قال، [ت ١١/ب]

---

(١) في الأصل: (مقطوعاً) والمثبت من (م).
(٢) في (م): (قال الرجل).
(٣) ما بين القوسين ساقطة من (م).
(٤) في الأصل: (وأبرّوه)، والمثبت من (م).

ولا يدخل في [ثلث][1] ولا غيره، وإن لم يقم عليه بينة، فإنه للورثة، ولا ينفذ في ذلك الوجه.

وهذا قول لم يقل به أحد من أهل العلم غيره. وهو فاسد النظر أيضاً؛ لأن الإشهاد لا يزيل ملكه عندهم، وإنما الإشهاد يعلم به ما قد فعله.

[١٧٦٢] في الوكيل [يقـ]ـر بقبض المال ويدعي الهلاك[2]:

قال مالك: إذا وكلت رجلاً بقبض مال[3] من رجل، فقال: قد قبضته، وضاع مني، لم يصدق الوكيل، والمال باق على الذي عليه، إلاَّ أن يقيم[4] بيِّنة بالقبض، إلاَّ أن يكون وكيلاً يشتري ويبيع ويقبض ويفوِّض إليه، فهو مصدق، وإنما [لا][5] يصدق إذا كان وكيلاً بقبض مال على رجل فقط.

ولو قال له: بع عبدي، فجاء برجل، فقال بعته منه، وصدقه، قبل قوله. وكذلك إذا قال: ادفع هذا المال إلى فلان، فقال: قد دفعته، وصدقه فلان، فالقول: قوله[6].

قال أبو جعفر: لم يوافق مالكاً أحد على قوله: إن الغريم لا يبرأ بقول الوكيل قد قبضت.

[١٧٦٣] اختلاف الوكيل والموكل في الثمن[7]:

قال أصحابنا: إذا قال الآمر: أمرتك بأن تشتري بألف، فقال المأمور:

---

(١) في الأصل: (بلد)، والمثبت من (م).
(٢) انظر: الكافي، ص ٣٩٦؛ المبسوط، ١٩/ ٤٩.
(٣) في (م): (مالي).
(٤) في (م): (تقوم).
(٥) زيد ما بين المعقوفتين من (م). انظر الكافي.
(٦) وقال السرخسي: إذا قال الوكيل: «قد بعته من هذا. وقبضت الثمن، وهلك عندي، وادّعى المشتري ذلك، فهو جائز، والوكيل مصدق فيه مع يمينه». المبسوط.
(٧) انظر: المبسوط، ١٩/ ٥٩؛ المزني، ص ١١١؛ الكافي، ص ٣٩٧.

بخمسمائة، فالقول: قول الآمر، سواء كانت السلعة قائمة أو فائتة، وهو قول الشافعي، وكذلك إذا قال: أمرتني بالبيع ولم تقل شيئاً، وقال الآمر: أمرتك أن تبيع بالنقد، فالقول: قول الآمر.

وقال مالك: إذا قال أمرتني أن أبيعه بعشرة، وقال الآمر: باثني عشر، فالقول: قول الآمر، / إن لم يفت، وإن فات فالقول: قول المأمور. [٢٠٩]

[١٧٦٤] في الوكيل يحبس السلعة بالثمن[1]:

قال أصحابنا: له أن يحبسها بالثمن، فإذا هلكت بعد الحبس كانت كالرهن [في][2] قول أبي يوسف.

وعند [أبي حنيفة][3] ومحمد [كالمبيع][4].

وقال زفر: لا يحبسها بالثمن، وإن حبس ضمن القيمة كالغصب، وهو قول مالك[5].

[١٧٦٥] في موت الموكل وعزله[6]:

قال أصحابنا: لا ينعزل الوكيل إلاَّ بعد العلم بالعزل، وينعزل بالموت وإن لم يعلم[7].

---

(١) انظر: المبسوط، ١٩/ ٦٠؛ المزني، ص ١١٠؛ المدونة، ٤/ ٢٥٣.

(٢) في الأصل: (وفي)، والمثبت من (م).

(٣) الزيادة من نصّ المبسوط: «وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يكون مضموناً بالثمن قلت قيمته أو كثرت كالمبيع إذا هلك في يد البائع».

(٤) في الأصل: (كالبيع) والمثبت من (م)، ويؤيد ذلك ما سبق من نص المبسوط.

(٥) وقال الشافعي: فإن طلب منه الثمن، فمنعه منه فقد ضمنه إلاَّ في حال لا يمكنه فيه دفعه». المزني، ص ١١١.

(٦) انظر: المختصر، ص ١٠٩، ١١٠؛ المبسوط، ١٩/ ١٥؛ المدونة، ٤/ ٢٤٣؛ المزني، ص ١١٠.

(٧) في (م): (يغرم).

وقال مالك: إذا وكَّله بشراء عبد، ومات ثم اشترى الوكيل ولم يعلم بموته، فإنه يلزم الورثة، وإن علم، لم يلزمهم.

وقال الشافعي: إذا وكل الولي رجلاً بأخذ القصاص، ثم قال الولي: قد عفوت، فقتله المأمور ففيه قولان:

أحدهما: أنه لا شيء عليه، إلاَّ اليمين ما علم بالعفو، ولا شيء على الولي أيضاً.

والثاني: أنه يضمن الدية، ويكفر، كمن قتل خطأً.

قال أبو جعفر: الوكالة ليست بحق الوكيل لازم[1]، للموكل إخراجه متى شاء، وإذا كان كذلك، وجب أن لا يعتبر علم الوكيل بعزله، وأن ينعزل متى عزله وإن لم يعلم. ولم يختلفوا أن الموكل لو باع العبد الموكَل ببيعه، خرج الوكيل من الوكالة، كذلك إذا عزله وإن لم يعلم، وإذا ثبت ذلك في العزل ففي[2] الموت أحرىٰ / . [ت ١٢/أ]

[١٧٦٦] في وكيل أحد المتفاوضين[3]:

قال أصحابنا: إذا وكل المفاوض رجلاً بشيء، ثم افترقا، ثم فعل الوكيل ذلك وهو لا يعلم، فإن ذلك كله جائز عليهما.

وقال مالك: إذا افترقا وعلم المبضع، فإنه يشتري بما أضبع معه[4].

آخـر كتاب الوكالة

● ● ●

---

(١) في (م): (ليست حقاً للوكيل لأن للموكل).

(٢) في (م): (فعلى).

(٣) في (م): (في وكيل المتفاوضين). انظر: المبسوط، ١٩/ ١٠٥.

(٤) في (م): (منه).

كتاب الإجارات[1]

[١٧٦٧] في ضمان الأجير المشترك[2]:

قال أبو حنيفة: لا ضمان على الأجير المشترك إلاَّ فيما جنت يداه.

وقال زفر: لا ضمان عليه فيما جنت يداه أيضاً إلاَّ أن يخالف.

وقال أبو يوسف، ومحمد، وعبيد الله بن الحسن: يضمن إلاَّ ما لا يستطيع (الامتناع)[3] منه، كالحريق، وموت الشاة، واللصوص الغالبين.

وقال الثوري: يضمن في اللصوص أيضاً. / [٢١٠]

وقال مالك: [يضمن][4] القصّار إلاَّ أن يأتي أمر من أمر الله تعالى مثل: الحريق، والسرق، والضياع، إذا قامت عليه بيّنة. ويضمن قرض الفأر إذا لم تقم بينة، وإن قامت بينة أنه قرض الفأر من غير تضييع، لم يضمن.

وقال الأوزاعي: لا يضمن القصار من الحريق، والأجير المشترك ضامن[5] إذا لم يشترط له أنه لا ضمان عليه.

---

(١) الإجارة: ـ بكسر الهمزة ـ «هي العقد على المنافع بعوض، وهو مال، وتمليك المنفعة بعوض»، والإيجار: هو الكراء، (ما يدفع لقاء الانتفاع بالشيء). التوقيف ص ٣٥.

(٢) انظر: المختصر، ص ١٢٩؛ المبسوط، ١٥/ ٨٠؛ المدونة، ٤/٤٤٧؛ الكافي، ص ٣٧٦؛ المزني، ص ١٢٧.

(٣) ساقطة من (م).

(٤) في الأصل: (يضمن)، والمثبت من (م)، راجع المدونة.

(٥) زيادة (أيضاً) في (م).

وقال الحسن بن حيّ: من أخذ الأجرة فهو ضامن، تبرأ أو لم يتبرأ. ومن أعطى الأجر فلا ضمان عليه وإن شرط، ولا يضمن الأجير المشترك من عدو حارق، أو موت.

وقال الليث: الصنّاع كلهم ضامنون لما أفسدوا، أو هلك عندهم.

وللشافعي قولان: أحدهما: يضمن، والآخر: [لا يضمن][1] إلاَّ ما جنت يده.

قال أبو جعفر: لا يختلفون أنه لا ضمان على الحجّام والبيطار المشترك، وإن أخذ الأجر، كذلك سائر الصنّاع، وكذلك الأجير الخاص لا يضمن عند الجميع، كذلك المشترك.

[١٧٦٨] في الراعي المشترك[2]:

قال أبو حنيفة: لا يضمن ما مات وهلك، وإنما يضمن ما عطب من سياقه.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمن ما مات منها بشهود، ويضمن ما هلك.

وقال عثمان البتي: لا يضمن الراعي إلاَّأن يشترط عليه.

وقال مالك: لا ضمان عليه إلاَّ فيما أفسد أو فرّط.

وقال الثوري: في الموت يضمن.

وقال الليث: إذا شرط عليه رباطها بالليل، فغفل عن بعضها، فهلك، فهو ضامن.

---

(١) الزيادة من (م).

(٢) انظر: المختصر، ص ١٣١؛ المبسوط، ١٥/١٦١؛ المدونة، ٤/٤٣٩؛ المزني، ص ١٢٧.

وقال الشافعي: إذا فعل ما للرعاة[1] أن يفعلوه مما فيه صلاح، لم يضمن، وإن فعل خلاف ذلك، ضمن.

[١٧٦٩] فيمن يعمل[2]:

قال مالك في الرجل يدفع إلى الرجل الخاتم أو القلادة يصلحها علىٰ وجه المعروف، فهو ضامن وإن لم يأخذ أجراً، وكذلك إذا ضاع عند الخياط أو الصبّاغ بغير أجر، فهو ضامن.

قال عثمان البتي: إذا قال الصانع عملته بغير أجر، فإنما يدعي البراءة من ضمانه، فعليه البينة، والقول: قول رب المتاع. / [ت ١٢/ب]

وقال الحسن بن حي: القول: قول القصّار أنه عمله بغير أجر، (ولا خلاف بين أصحابنا أن من عمل شيئاً على وجه التبرع بأمر صاحبه، أنه لا يضمن)[3].

قال أبو جعفر: الأجير المشترك إنما يضمن؛ لأنه عمل لنفسه؛ لأنه يستحق به الأجر والمتبرع عمل لغيره، فلا ضمان عليه.

[١٧٧٠] في الأجير يسقط منه الحمل[4]:

قال أصحابنا: / في الرجل يستأجر بقيراط محملاً من الفرات موقع منه في [٢١١] بعض الطريق، فإن شاء ضمّنه قيمته في المكان الذي انكسر، وأعطاه الأجر بحساب، وإن شاء ضمّنته قيمته في المكان الذي حمله، [ولا أجر له][5].

حكي عن أبي يوسف أنه قال: قد رجع أبو حنيفة إلى قولنا في هذه

---

(١) في (م): (للرعي).
(٢) انظر: المدونة، ٣٨٨/٤.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من (م).
(٤) انظر: المبسوط، ١٠٧/١٥؛ المدونة، ٤٤٧/٤؛ الأم، ٣٧/٤؛ المزني، ص ١٢٧.
(٥) المثبت من المبسوط، وفي النسختين: (والأجر له).
والضمان في حال سقوط الحمل «بفعله بأن تعثر فانكسر المتاع».

المسألة، حين ضمّنه في الموضع الذي حمّله فيه قبل أن يعطيه؛ لأنه لم يكن جانياً في ذلك الموضع.

وقال زفر: لا ضمان عليه إذا لم يخالف.

وقال عثمان البتي: إن أتى من غيره، لم يضمن، وإن أتى من نفسه، ضمن.

وقال مالك: لا ضمان عليه إن عثر البعير، أو انشقت الراوية، إلاَّ أن يكون[1] من بعيره، فيضمن[2].

وقال الأوزاعي: من أخذ أجراً على شيء يبلغه، فزعم أنه سرق، فهو له ضامن، ولا يضمن الحرق وانكسار الوعاء.

وذكر الربيع عن الشافعي: لا يضمن الأجير بحال[3]، إلاَّ ما جنت يده.

[١٧٧١] في السفينة تغرق[4]:

قال أبو حنيفة: إن غرقت من يد[5] الملاّح، أو معالجته، ضمن، وإن غرقت من ريح أو موج، أو من شيء وقع عليها، فلا ضمان عليه، وإن كان رب الطعام في السفينة، فلا ضمان عليه في شيء من ذلك.

وقال ابن أبـي ليلىٰ: لا ضمان عليه في الماء[6] خاصة؛ لأنه عدو غالب.

وقال ابن شبرمة: لا ضمان عليه فيما غرق، وله الأجر بحساب ما حمل.

---

(١) في (م): زيادة: (لحق).
(٢) في (م): زيادة: (وليس ما غصبه منه بينة).
(٣) في (م): (قال).
(٤) انظر: المبسوط، ١٥/ ٨١؛ الكافي، ص ٣٧٣؛ الأم، ٧/ ١٤٠.
(٥) في (م): (مد).
(٦) والعبارة في اختلاف أبـي حنيفة وابن أبـي ليلى: (.. في المد خاصة)، ص ١٠٨.

وقال مالك: إن تعدوا في المد ضمنوا، وإن لم يتعدوا لم يضمنوا.

وذكر الثوري عن ابن أبي ليلىٰ: أن الملاح يضمن ما غرق في البحر.

وقال ابن شبرمة: لا يضمن، وهو قول الثوري.

وقال الحسن بن حيّ: يضمن الملاّح إلاّ من الغرق.

وقال الليث: لا يضمن من الغرق، ويضمن ما نقص من الطعام.

وقال الشافعي: إذا تعدى ضمن، وإن لم يتعد، لم يضمن.

[١٧٧٢] في الإجارة على الوقت والعمل[١]:

قال أبو حنيفة: إذا استأجره على أن يخبز له هذه العشرة مخاتيم هذا اليوم كله بدرهم، فهذا فاسد.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو جائز، والإجارة واقعة على العمل دون المدة.

وقال الشافعي: لا يجوز الاستئجار على أن يعمل غداً، ولا يجوز إلاَّ أن يشترط عليه أن يعمل ساعة استأجره، أو تكون الإجارة / على خياطة هذا [٢١٢] الثوب، ويبدأ بالعمل ساعة تجب الإجارة / إن[٢] شرط عليه أن يأخذ في عمله، [ت ١٣/أ] وسمى الفراغ إلى أجل يمكن أن يعمل مثله في ذلك الأجل، فذلك أفضل، وإن لم يسم فهو جائز، ويعمل بطاقته [حتى][٣] يفرغ منه.

قال أبو جعفر: الإجارة إنما تصح على العمل، أو على المدة، فإذا شرط العمل في المدة، ولم ندر بأيهما يستحق الأجر، فتبطل.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٦/٥٩؛ المزني، ص ١٢٧.
(٢) في (م): (فإن).
(٣) المثبت من (م)، وفي (ت): (حين).

[١٧٧٣] في استحقاق الأجرة[1]:

قال أصحابنا: إذا استأجره ليحمل له شيئاً إلى موضع، استحق الأجر، بقدر الحمل، وإن كان عملاً بيده كالخياطة والصبغ لم يستحق شيئاً من الأجر حتى يفرغ من العمل، ويدفعه إلى صاحبه، وفي كراء الإبل إلى مكة، واستئجار الدار يستحق بقدر المسير، وقدر السكنىٰ.

وروى محمد عن زفر: إذا استأجر داراً سنة بأجرة مسماة، فقد ملك المؤاجر الأجر قبل أن يتقابضا.

وروى الحسن بن زياد عن زفر: أنه لا يجب عليه أن يعطيه أجرة شهر حتى ينقضي الشهر[2].

قال أبو جعفر: وهذا ليس باختلاف رواية؛ لأن محمداً ذكر ملك الأجرة للمؤاجر، والحسن ذكر استحقاق قبضها.

وقال مالك: في كراء مكة، وكراء الصانع بيده شهراً، إن كان كراء الناس عندهم بالنقد، أجبر على النقد، وإن كان كراء الناس عندهم ليس بالنقد، لم يصلح هذا الكراء، ولا هذه الإجارة، إلاَّ أن يكون الثوب نقداً، فإن لم يكن الثوب نقداً فالكراء باطل، كمن اشترى ثوباً على أن يعطيه بعد شهر.

وقال مالك في كراء الدار منه، إذا لم يكن بينهما شرط، دفع إليه بحساب ما سكن، وإن كان كراء الدار عندهم نقداً أجبر على النقد.

وقال الثوري: إذا استأجر داراً شهراً، لم يكن له من الأجرة شيء حتى يبلغ رأس الشهر.

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٣٢؛ المبسوط، ١٥/ ١١١؛ المدونة، ٤/ ٤٦٨؛ الأم، ٤/ ٢٦؛ المزني، ص ١٢٦، ١٢٧.

(٢) في (م): (شهر).

وقال الحسن بن حيّ: في كراء مكة يعجله قبل أن يركب؛ لأن ذلك سنة الناس، والصبّاغ والقصّار وكراء الدابة لا يأخذ من أجره شيئاً، حتى يعمل الذي تكارى له.

وقال: إذا تكارى [داراً] سنة بألف درهم، إذا وجبت له مائتان، وحال الحول، وجبت الزكاة، وكره شرط تعجيل الأجر، ولا بأس بتعجيله من غير شرط.

وقال الليث: لا بأس أن يؤخر الكراء إلى أن ينقضي شهره.

وقال الشافعي: إذا دفع ما أكرى، وجب له جميع الكراء. / وقال في [٢١٣] الخياط ونحوه: إذا لم يشترط عمله بيده، لا يجوز أن يكون الأجر مؤخراً؛ لأنه دين بدين، وإن كان شرط عمله بيده، جاز التأخير؛ لأنه بمنزلة مبيع بعينه.

قال أبو جعفر: قد اتفقوا على أنه لو عجل له الأجر وقبضه المؤاجر أنه يملكه، فدل على أنه قد ملكه بنفس العقد؛ لأن ما لا يكون مملوكاً بالعقد، لا يملك بالقبض، كالمشترىٰ. على أن البائع بالخيار.

قال أبو بكر: لا يملكه بالقبض، وإنما يملكه بالتعجيل، ومعنى التعجيل: تعجيل الملك، ولو عجّله له ولم يقبضه لملكه، وقد يملك[1] عندنا أيضاً بالقبض دون العقد، كالهبة والصدقة، والبيع الفاسد.

/ قال أبو جعفر: وأما وجوب قبض الأجرة فينبغي أن يكون بإزاء قبض [ت ١٣/ب] المنافع، كقبض المبيعات بإزاء قبض أبدالها. وليس قبض المستأجر بإزاء قبض المبيع؛ لأن المبيع يصير في ضمان المشتري بالقبض، والمنافع لا تصير في ضمانه بقبض المستأجر.

قال أبو جعفر: روى سفيان بن عيينة، وعبد الله بن عمر، عن عبد الكريم

---

(١) في (م): (وقد يملك أيضاً عندنا).

ابن مالك، عن مجاهد، عن عبد الرحمن بن أبـي ليلىٰ عن عليّ [عليه السلام] قال: (بعثني رسول الله ﷺ إلى الجزار الذي جزر بدنه، فأمرني أن أقوم على بدنه، وأن أقسم جلودها، وجلالها، وأن لا أعطي الجزار منها شيئاً. وقال: إنا نعطيه من عندنا. وفي لفظ آخر: إنا نعطيه من غير ذلك)[1].

قال أبو جعفر: وهذا عبد الكريم بن مالك الجزري، مقبول الرواية، وعبد الكريم بن أبـي المخارق: أبو أمية البصري، ضعيف[2]. وهذا يدل على جواز كون الأجرة ديناً في منافع مضمونة؛ لأنها لو كانت إذا كانت مضمونة، لا تكون أجرها ديناً، لقال عليه الصلاة والسلام: اشترط عمله [بعينه][3]، ولما قال: (إنا نعطيه من عندنا)، لم يقل قبل افتراقك[4] إياه.

[١٧٧٤] في الصانع يمنع ما استؤجر عليه لقبض الأجرة[5]:

قال أصحابنا: للقصّار والصبّاغ، وكل صانع بيده، أن يحبس ما صنعه حتى يستوفي الأجر، وأمّا الحمال والملاح، فإنه لا يحبس.

وقال مالك: لهم كلهم أن يحبسوا بالأجر، فإن هلك فلا ضمان عليهم، إلاّ أن يغيّبوه، ويحوزوه عن أصحابه، فيكون بمنزلة الرهن، وذلك في البزّ ونحوه، مما لا يؤكل ولا يشرب. ومن استؤجر في زرع أو نخل أو أصل لسقيه، فأفلس صاحبه،، فهو أولىٰ به من الغرماء، حتى يستوفي، وإن مات صاحب الأصل والزرع فالمساقي فيه أسوة الغرماء.

---

(١) أخرجه البخاري، في الحج، يتصدق بجلود الهدي (١٧١٧)، ومسلم، في الحج، في الصدقة بلحوم الهدي. . (١٣١٧).

(٢) انظر: التقريب، ص ٣٦١.

(٣) الزيادة من (م).

(٤) في (م): (فراقك).

(٥) انظر: المختصر، ص ١٣٠؛ المبسوط، ١٠٦/١٥؛ المدونة، ٤٤٨/٤؛ الكافي، ص ٣٧٦.

وراعي الإبل والدواب أسوة الغرماء في الموت والتفليس. والصبّاغ والخيّاط ونحوه أحق بما [بقى][1] من أيديهم من سائر الغرماء، في الموت والتفليس، وكذلك من استؤجر على حمل متاع من بلد إلى بلد، وقال الثوري: للقصار والصباغ حبس المتاع لقبض الأجرة، وكذلك كل شيء له فيه شيء؛ نحو النجار والبنّاء، فليس له أن يحبس.

وقال الشافعي في أحد قوليه: أسوة الغرماء، وقياس هذا أن لا يكون حبسه (بالأجر، والصنّاع أحق به من سائر الغرماء؛ لأن له فيه عن صنع، والقياس أن يكون له حبسه)[2].

قال أبو جعفر: عمل القصّار والخيّاط ونحوه قائم في الثوب، فله حبسه، وحمل المتاع ليس بعمل قائم فيه، فليس له حبسه.

[١٧٧٥] إذا استهلك الخياط ونحوه الثوب[3]:

قال أصحابنا: إذا استهلك القصّار والصبّاغ ونحوه الثوب [بعدما عمله][4] قبل أن يسلمه[5]، فرب الثوب بالخيار: إن شاء ضمنه معمولاً، وأعطاه الأجر، وإن شاء ضمنه قيمته [غير معمول، ولا أجر له، وقال زفر: يضمنه قيمة الثوب معمولاً][6] وعليه الأجر بلا خيار[7].

---

(١) الزيادة من (م).
(٢) ما بين القوسين ساقطة من (م).
(٣) انظر: المبسوط، ١٥/١٠٣، ١٠٤؛ المدونة، ٤/٣٨٨؛ الأم، ٤/ ٤٠.
(٤) زيدت من (م).
(٥) في (م): (قبل أن يعمله).
(٦) ما بين المعقوفتين زيدت من (م)، وهي ساقطة في (ت).
(٧) ما ذكره المؤلف هنا، هو قول الصاحبين، وأما قول أبـي حنيفة في هذه المسألة، وفي كل أجير مشترك: «أنـه لا ضمان عليهم في ذلك، ولا أجرة لهم فيه، وإن كانوا قد عملوا ما استؤجروا عليه». المختصر، ص ٢٩.
انظر المبسوط بالتفصيل.

[ت ١٤/أ] / وقال مالك: يضمنه قيمته يوم دفعه إليه ولا يضمنه[١] مقصوراً.

وقال الحسن بن حي: إذا أراد أجر يده ضمنه مخيطاً، وإن لم يرد أجرة يده ضمنه مقطعاً.

وقال عبيد الله بن الحسن: في خياط عمل نصف ثوب ثم تلف الثوب، أن له بحساب ما عمل في الثوب من الأجر.

وقياس قول الشافعي: إذا حبسه فهلك، أن يضمّنه قيمته [مصبوغاً][٢].

[١٧٧٦] في الاستئجار على القصاص[٣]:

قال أبو حنيفة: إذا استأجر رجلاً ليقتص له من النفس، لم تجز الإجارة، ولم يكن له أجر، وإن استأجره ليقتص له فيما دون النفس، جاز، وفي قول محمد، هو جائز في النفس وما دونها، وهو قول مالك والشافعي والليث.

وقال أصحابنا [فيما][٤] يجوز فيه الإجارة على الاقتصاص أن الأجر[٥] على المقتص له، لا على المقتص منه.

وقال مالك، والليث، والشافعي: على المقتص منه.

قال أبو جعفر: ذكر ابن أبي عمران أن أبا حنيفة إنما لم يجز الإجارة على القصاص في النفس؛ لأن [الإجارة تقع فيه][٦] على مجهول لا يدري في أي موضع تقع الضربة، ويجوز فيما دون النفس؛ لأنه يفصل[٧] من المفصل، وهو

---

(١) في (م): (ويضمنه)، والصحيح ما ورد في (ت) بالنفي. انظر: المدونة، ٣٨٨/٤.
(٢) في الأصل: (مصنوعاً)، والمثبت من (م).
(٣) انظر: المبسوط، ٣٩/١٦، ٤٠؛ المدونة، ٤٢١/٤.
(٤) في الأصل: (فيها)، والمثبت من (م).
(٥) في (م): (أجر الأجير).
(٦) عبارة الأصل: (لأن في الإجارة تقع على مجهول..)، والمثبت من (م).
(٧) في (م): (يقطع).

معلوم إلاَّ أنه أجاز الإجارة[1] على ذبح الشاة، وموضع الذبح مجهول / لا يدري [٢١٥] أسفل العنق أو أعلاه، وأما الأجرة فإنما تجب على المقتص له من قبل أن المجني عليه لو كان ممن يحسن الاقتصاص، فأراد الجاني أن يتولى ذلك من نفسه، كان للمجني عليه أن يأباه ويتولاه هو، لا خلاف بين أهل العلم فيه، فدل أن القصاص إلى المجنى عليه، لا إلى الجاني، فالأجرة عليه دون الجاني، وليس ذلك مثل الكيل والوزن أنه على من عليه الدين؛ لأن الطالب لا يصل إلى الانتفاع إلاَّ بتمييزه من حق المطلوب، فعلى المطلوب أن يميزه له، ويقطعه عن ماله ويعينه بالكيل والوزن.

[١٧٧٧] فيمن قال: إن خاط[2] اليوم فله درهم، وإن خاط[3] غداً فنصف درهم[4]:

قال أبو حنيفة: إذا قال إن خطته اليوم، فلك درهم، وإن خطته غداً، فلك نصف درهم، أن الشرط الأول جائز، وإن وفّى به استحق الدرهم، وإن لم يف به وخاطه غداً، فله أجر مثله، لا ينقص من نصف ولا يجاوز به درهماً.

وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جميعاً جائزان.

وقال زفر: الإجارة فاسدة، فإن خاطه اليوم فله الأقل من أجر مثله ومن درهم، وإن خاطه غداً، فله الأقل من أجر مثله أو من نصف درهم. وإن قال: إن خطته خياطة رومية: فلك درهم، وإن خطته فارسية فلك نصف درهم، أن الشرطان جميعاً جائزان في قول أبـي حنيفة وأبـي يوسف ومحمد.

وقال مالك، والشافعي: في المسألة الأولىٰ مثل قول زفر، إلاَّ أنهما

(١) في (م): (الأجرة).
(٢) في (م): (خاطه).
(٣) المصدر السابق.
(٤) انظر: المبسوط، ١٥/٩٩، ١٠٠.

يوجبان أجر المثل بالغاً ما بلغ. وقياس قول الشافعي في المسألة الثانية: أن تكون الإجارة فاسدة أيضاً.

[ت ١٤/ب] قال أبو جعفر / : لما لم يكن العمل في الوقت الأول مستحقاً على الأجير، دل على فساد الإجارة؛ لأنها إنما تجوز على ما يلزم الصانع، لا على ما [لا][١] يلزمه وكذلك في الخياطة الرومية والفارسية، ليس له أن يؤاخذه[٢] بواحد من العملين، فوجب أن تكون الإجارة[٣]. [فاسدة، [لأنها] واقعة على عمل مجهول.

وإنما استحسن أصحابنا في إجارة ذلك وشبهه.

محمد: إن دفع إلى رجل ثوبين على أن يأخذ أحدهما بعينه إن شاء بعشرة، والآخر بخمسة، وعلى أنه بالخيار في ذلك ثلاثاً، وهذا أيضاً استحسان من قولهم.

[١٧٧٨] في الإجارة على البيع والشراء[٤]:

لا يجوز ذلك عند أصحابنا، وإن استأجر شهراً يبيع له ويشتري، جاز.

وقال ابن أبي ليلىٰ: يجوز ذلك كله.

---

(١) في الأصل: (ما يلزمه)، والزيادة من (م).

(٢) في (م): (يأخذه).

(٣) العبارة في الأصل: (فوجب أن تكون الإجارة لا تجوز إلَّا على أجرة معلومة.. إلى.. ففسدت) هكذا. إلَّا أنه ظهر بعد المقارنة بنسخة (م): أنه وقع في الأصل (ت) سقط كبير، وقوله: (لا تجوز إلَّا على أجرة معلومة..): آخر عبارة المسألة الآتية الساقطة من (ت).

والعبارات الآتية المثبتة ما بين المعقوفتين ـ (نهاية هذه المسألة، والمسألة الجديدة) ـ أثبتت من (م)، حيث سقطت من نسخة الأصل (ت).

(٤) انظر: المدونة، ٤/٤٠٤، ٤٠٥؛ الأم، ٤/٧١.

وقال مالك: إذا سمى له شيئاً يبيعه به، وسمى له أجلاً معلوماً، جاز، واستحق / ما شرط له، هذا رواية ابن وهب. [٢١٦]

قال: وإن قال في كل دينار كذا، لم يجز.

وقال ابن القاسم عنه: إذا قال بع لي هذا الثوب، ولك درهم، فلا بأس به، سواء وقت له ثمناً أو لم يوقت، وإنما يجوز ذلك في الثوب والثوبين، ولا يجوز في الكثير، وكذلك يجوز أن يقول له: لك ثلاثة دراهم، في كل درهم مائة تشتري له بها.

وقال الثوري: في الرجل يشتري للناس، وله في كل مثقال إني لا أحب ذلك.

وقال الأوزاعي: لا بأس بأن يقول: بع هذا الثوب، ولك من كل دينار درهم، أو يقول: إن بعته فلك كذا، أو يقول: ثمنه كذا وكذا، فما ازددت عليه، فهو لك.

قال الليث: لا بأس بأن يقول: بعه بما وجدت، ولك في كل دينار قيراط. ويقول: بعه بكذا ولك دينار، وهذا إنما يجوز في الحضر، في الأمر الخفيف، مثل الثوب ونحوه، فأما أن يخرج متاعه إلى موضع سفر على هذا، فلا خير فيه.

قال الليث: ولا بأس بأن يقول للصياد: اضرب بشبكتك في البحر ضربة أو ضربتين بكذا، فهذا جائز، فإن خرج شيء منه، فهو له، و [إن] لم يخرج شيء، لم يكن له شيء.

وقال الربيع عن الشافعي: من جعل لرجل جعلاً على أن ينكحه، وليس العقد إليه، ولكن يسعىٰ له حتى ينكحه، فليس له ذلك الجعل، وله أجر مثله.

وروي عنه وقال أيضاً: إذا قال إن جئتني بعبدي الآبق، فلك دينار، كان جائزاً، وله ما سمى.

قال أبو جعفر: الأجرة والجعل واحد، لا يخرجه الاسم من حكم الإجارة

كالبيع، إن سمى مقابضة أو مبادلة كان بيعاً، والإجارة][1] لا تجوز إلاَّ على أجرة معلومة، ووقت معلوم، أو عمل معلوم، والجعالة ليست واقعة على مدة معلومة، ولا عمل معلوم، ففسدت.

[١٧٧٩] في اختلاف الأجير والمستأجر[2]:

إذا قال الخياط: أمرتني بقميص، وقال رب المال: أمرتك بقباء، فالقول: قول رب الثوب، ويضمن الخياط في قول أصحابنا والثوري.

وقال ابن أبـي ليلىٰ، والأوزاعي: القول: قول الخياط، وكذلك قال مالك، إلاَّ أن يأتي بأمر لا يستعملون مثله.

وقال ابن شبرمة: إذا استأجره لهدم بيت في الدار، فهدم الدار كلها، فقال صاحب الدار: أمرتك بهدم بيت واحد. وقال الآخر: أمرتني بهدم الجميع، فالقول: قول الهادم، وكذلك إذا أمره بنزع[3] ضرسين، فالقول: قول الأجير، إذا أقر الآمر أنه قد أمره بنزع ضرس [واحد][4].

وقال الحسن بن حي: إذا أقرّ أنه أمره بقطع الثوب، فالقول: قول الخياط أنه أمره / [بقباء][5] ولا يصدق الآخر إلاَّ ببينة وكذلك قال الليث. [٢١٧]

وقول عبيد الله بن الحسن، مثل قولنا.

والشافعي: أشار إلى أن قول رب الثوب أشبه بالحق.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبتة من (م)، وهي ساقطة في (ت) هذه المسألة وجزء من السابقة.
(٢) انظر: المبسوط، ١٥/٩٦؛ المدونة، ٤/٤٥١؛ الكافي، ص ٣٧٦؛ اختلاف أبـي حنيفة وابن أبـي ليلىٰ، ص ١٠٦؛ المزني، ص ١٢٨.
(٣) في (م): (بقلع).
(٤) مزيد من: (م).
(٥) مزيدة من: (م).

[١٧٨٠] في الإجارة على تعليم القرآن ونحوه[١] :

قال أصحابنا: لا تجوز الإجارة على تعليم القرآن، والأذان والصلاة، ولا [على][٢] تعليم الفرائض، والفقه.

وقال مالك: لا بأس بأخذ الأجرة على تعليم القرآن والأذان، وتكره الإجارة على تعليم الفقه.

وقال الحسن بن حي: تكره أجرة المعلم.

وقال الشافعي: يجوز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، والأذان، والصلاة بهم.

قال أبو جعفر: روى عبد الله بن أبي السفر، عن الشعبي، عن خارجة بن الصلت [عن عمه أنه][٣] قال: (أقبلنا من عند رسول الله ﷺ فأتينا على حيّ من أحياء العرب، فقالوا لنا: إنكم جئتم من عند الحبر[٤] بخير، فهل عندكم رقية لمعتوه عندنا[٥]؟ فقلنا: نعم، فقرأت عليه فاتحة الكتاب ثلاثة أيام: غدوة وعشية، أجمع بزاقي ثم أتفل، وكأنما أنشط من عقال، فأعطوني جعلاً، فقلت: لا حتى أسأل رسول الله ﷺ، فسألته، فقال: «كل فلعمري لمَن أكل برقية باطل، لقد أكلت برقية حق»)[٦].

---

(١) انظر: المبسوط، ١٦/٣٧؛ المدونة، ٤/١٤٩.

(٢) زيد من: (م).

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من معاني الآثار.

(٤) في (م): (هذا الرجل).

(٥) ولفظ معاني الآثار: (فهل عندكم دواء، أو رقية، أو شيء؟ فإن عندنا معتوهاً، قال: قلنا نعم، فجاءوا به فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب. . .).

(٦) وفي معاني الآثار: (لقد أكلت حق)، ٤/١٢٦؛ وأخرجه أبو داود، في البيوع، في كسب الأطباء، (٣٤٢٠)؛ وفي الطب، كيف الرقي، (٣٨٩٦)؛ والإمام أحمد في المسند، ٥/٢١١.

وهشيم عن أبـي بشر، عن أبـي المتوكل الناجي، عن أبـي سعيد الخدري: (أن أصحاب النبـي ﷺ كانوا في غزاة، فذكر نحوه: في ملدوغ، فأعطوهم غنماً، فقال رسول الله ﷺ: «خذوها واضربوا لي معكم فيها بسهم»)[1].

قال أبو جعفر: إنما ذكر في ذلك أخذاً لجعل على الرقية، والرقية ليست بواجبة، والأذان والصلاة واجبة، وكذلك تعليم القرآن، وقد روى يحيـى بن [أبـي] كثير عن زيد بن [سلام][2] عن أبـي سلّام، عن أبـي راشد [الحُبراني][3] عن عبد الرحمن بن شبل الأنصاري أن النبـي ﷺ قال: (اقرءوا القرآن، ولا تغلوا فيه، ولا تجفوا عنه، ولا تأكلوا به، ولا تستكثروا به»)[4]..

[ت ١٥/أ] فقد نهىٰ رسول الله ﷺ / عن الأكل بالقرآن.

وروى حماد بن سلمة، عن سعيد بن إياس الجريري، عن أبـي العلاء بن عبد الله بن الشخير، عن مطرف بن الشخير، عن عثمان بن أبـي العاص قال: قال رسول الله ﷺ: «اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً»[5]، فلو كان أخذ الأجر على الأذان جائزاً، لما كره أن يتخذ من يأخذ عليه أجراً، كما أن العمالة / لما [٢١٨] كانت مباحة، لم يكره أن يستعمل من يأخذ العمالة.

كما روي عن عمر: (أنه استعمله النبـي ﷺ على الصدقة فلما أديتها إليه،

---

(١) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/١٢٦، ١٢٧.

(٢) ما بين المعقوفتين معدلة ومزيدة من معاني الآثار، ومن الخلاصة، ص ١٢٨؛ وفي الأصل (يحيـى بن كثير) و (زيد بن أسلم).

(٣) في الأصل: (الحراني) والمثبت من المعاني، والتقريب، ص ٦٣٩.

(٤) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٣/١٨؛ قال الهيثمي: «رواه أحمد والبزار ورجال أحمد ثقات» مجمع الزوائد، ٧/١٦٧.

(٥) أخرجه الطحاوي، ٤/١٢٨؛ وأبو داود، في الصلاة، أخذ الأجر على التأذين، (٥٣١)؛ الترمذي، (٢٠٩).

عمّلني، فأبيت أن آخذه، فقال: «إذا أعطيتك شيئاً من غير أن تسأل، فكل وتصدق»)[1].

وقد حدثنا أبو أمية، قال حدثنا أبو عاصم النبيل، قال أخبرنا المغيرة بن زياد[2] [قال أخبرني عبادة بن نسي][3] عن الأسود بن ثعلبة، عن عبادة بن الصامت، قال: كنت أُعلِّم ناساً من أهل الصفة القرآن، فأهدىٰ إليّ رجل منهم قوساً، على أن أقبلها في سبيل الله.

فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: (إن أردت أن يطوّقك الله بها طَوْقاً من النار، فاقبلها)[4].

فإن قيل: قال النبي ﷺ من حديث سهل بن سعد للرجل: (قد زوجتكها بما معك من القرآن)[5].

قيل له: إنما معناه: لأجل القرآن، والمهر غيره، كما تزوّج أبو طلحة أم سليم على إسلامه.

[١٧٨١] في نسج الغزل ببعضه[6]:

قال أصحابنا، ومالك، والثوري، والشافعي: في رجل دفع إلى حائك غزلاً، يحوله ثوباً على النصف: إن هذا باطل، وله أجر مثله، وكذلك إذا دفع

---

(١) أخرجه مسلم، في الزكاة، إباحة الأخذ لمن أعطى. . . (١٠٤٥)؛ ولفظه (أعطيت).

(٢) في معاني الآثار: (مغيرة بن دينار) والصحيح هو المثبت في النسختين وهو: (المغيرة بن زياد البجلي) كما في التهذيب، ١٠/٢٥٨.

(٣) في الأصل: (قال حدثنا أبو عاصم) والمثبت من (م)، ومن معاني الآثار.

(٤) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٣/١٧.

(٥) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٣/١٦، ١٧؛ وأخرجه البخاري (مطولاً) في النكاح، التزويج على القرآن. . . (٥١٤٩).

(٦) انظر: المبسوط، ١٦/٣٥؛ المدونة، ٤/٤١٢.

إليه ثوباً يبيعه على أن ما كان من ربح بينهما نصفان، أو أعطاه داراً، [يواجرها][1] على أن الأجر نصفان.

وقال ابن أبي ليلىٰ: هذا كله جائز، والأجر والربح بينهما نصفان، بمنزلة المزارعة والمعاملة، وهو قول الأوزاعي، والليث.

(وقال الليث)[2]: ويجوز أن يعطيه الرَمَكة[*]، والدجاجة، على النصف، إذا جعل لعلفها أجلاً؛ لأنه تابع لنصف ذلك بما شرط من العلف، فإذا انقضى الأجل، كانت الدجاجة والرمكة بينهما نصفين. فإن قيل: هلاّ كان كالمضاربة؟

قيل له: لأن المضاربة إنما جوزت بجزء من الربح الطارىء عليها بالعمل، ولم يجز على جزء من رأس المال، وكذلك المزارعة والمعاملة، لا تشبهان ذلك؛ لأنها معقودة على جزء من العين المعقود عليها.

[١٧٨٢] في كراء ضراب الفحل[3]:

قال أصحابنا، والثوري، والأوزاعي، والليث، والشافعي: لا يجوز كراء عسب الفحل.

وقال مالك: لا بأس بكراء عسب الفحل إذا شرط وقتاً معلوماً، وإن استأجر منه ينزيه حتى تعلق منه، فذلك فاسد لا يجوز.

وروى أبو الزبير عن جابر: (نهى النبي ﷺ عن بيع ضراب الفحل)[4]

[٢١٩] ونافع عن ابن عمر قال: (نهى رسول الله ﷺ، / عن ثمن عَسْب الفحل)[5]

---

(١) في الأصل: (وأجرتها).

(٢) ساقطة من: (م).

(*) الرَمَكة: ـ بفتحتين ـ الأنثى من البراذين» المختار (رمك).

(٣) انظر: المبسوط، ١٥/٨٣؛ المدونة، ٤/٤٢٧.

(٤) أخرجه مسلم، في المساقاة، تحريم فضل الماء... وتحريم بيع ضراب الفحل، (١٥٦٥)؛ بلفظ (الجمل)، وكذا في: (م).

(٥) أخرجه البخاري، في الإجارة، عسب الفحل، (٢٢٨٤)؛ بدون لفظ (ثمن).

والأعمش عن أبي حازم عن أبي هريرة قال: (نهى رسول الله ﷺ عن ثمن / [ت ١٥/ب] الكلب وعَسْب التيس)[١]، وأيضاً فإن ضراب الفحل يقع[٢] لنفسه لا للمستأجر.

[١٧٨٣] في استئجار الظئر والأجير بالطعام والكسوة[٣]:

قال أبو حنيفة: يجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها الأوسط، ولا يجوز ذلك في سائر الإجارات.

وقال أبو يوسف، ومحمد، والثوري، والشافعي: لا يجوز شيء من ذلك إلاَّ أن يصفه كما يوصف في الشراء، ويكون [الإيجار][٤] مؤجلاً.

وقال ابن شبرمة: يجوز الاستئجار للأجير[٥] بطعامه، كما يستأجر الظئر بذلك لرضاع الصبيّ.

وقال مالك: يجوز استئجار الدابة إلى موضع بعلفها، واستئجار الغلام بطعامه، ويجوز أن يكريه إلى مكة على أن عليه طعامه ذاهباً وجائياً، ويجوز استئجار الأجير بكسوة يصفها، وبطعام فقط إذا عجل الكسوة وهي بعينها، وسمّى لها أجلاً.

وقال الحسن: لا بأس بأن يستأجر الغلام بطعامه، ولا يستأجره بكسوته.

[١٧٨٤] في أجرة القاسم[٦]:

قال أبو حنيفة، وقياس قول مالك: إنه على عدد الرؤوس، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: على قدر الأنصباء.

---

(١) أخرجه النسائي مرسلاً عن أبي حازم بلفظ: (وعسب الفحل)، ـ وفي (م): (عسب التيس والفحل) ـ في البيوع، بيع ضراب الجمل، ٧/٣١١.

(٢) في (م): (بيع).

(٣) انظر: المبسوط، ١٥/١١٩؛ المزني، ص ١٢٦؛ المدونة، ٤/٤٤١.

(٤) في المخطوطة الكلمة غير واضحة، والموجودة يقاربها.

(٥) في (م): (الأجير).

(٦) انظر: المختصر، ص ٣٣١؛ الأم، ٦/٢١٢؛ المدونة، ٤/٤٢٣.

[١٧٨٥] في الاختلاف في الأجر[1]:

قال أصحابنا في الأصول: إذا فرغ من العمل واختلفا في الأجرة، فالقول: قول المستأجر[2].

وذكر إبراهيم بن الجراح عن أبي يوسف: أقبَلُ قول المستأجر إذا كان متقارباً وأحلّفه، وإذا تفاوت لم أقبَل قوله، وكان للعامل أجر مثله، وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف: أنهما يتحالفان، وللأجير أجر مثله.

وقول شبرمة، والثوري: كقول أبي حنيفة.

وقال مالك: القول: قول الصانع إلاَّ أن يأتي بشيء مستنكر.

[١٧٨٦] في الجمّال[3] يدعى عليه قبض الكراء:

قال أصحابنا: القول: قوله إن لم يقبض.

وقال مالك: القول: قول الجمّال ما دام المتاع في يده وإن بلغ الموضع وسلمه إلى صاحبه [ثم قام][4] بعد ذلك بيوم أو يومين أو، أمر قريب[5]، فالقول: قوله، وإن تطاول ذلك، فالقول: قول [المستكري][6]، أنه قد دفع مع يمينه، وكذلك الخياط والصبّاغ إذا سلّموا الثياب، يقرّ[7] على هذا.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٥/٩٣؛ الكافي، ص ٣٧٦؛ اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ، ص ١٠٦؛ الإشراف لابن المنذر، ١/١٤٢.

(٢) قول أبي حنيفة بأن: «القول قول المستأجر مع يمينه إذا عمل العمل» الاختلاف.

(٣) في (م): (الجمّال).

(٤) في الأصل: (قال) والمثبت من نص المدونة، ٤/٤٨٥.

(٥) في (م): (أو من قريب)، ونص المدونة كما في الأصل.

(٦) في الأصل: (المستنكر) والمثبت من (م)، حيث قال مالك في المدونة: «وما تطاول من ذلك كله... فأرى القول قول صاحب المتاع والحاج وعليهم اليمين بالله أنهم قد دفعوا، إلاَّ أن يكون للجمال بينة»، ٤/٤٨٦.

(٧) في (م): (هو على هذا). انظر: المسألة في المدونة، ٤/٤٨٦.

قال أبو جعفر: / لم نجد هذا القول عن غير مالك. [٢٢٠]

[١٧٨٧] إذا ادعى المكاري أنه قد حمل[١]:

قال مالك: إذا دفع إلى رجل كتاباً أو حمولة يحمله إلى موضع ذكره له، ثم قال: قد حملته، [فأعطني][٢] الكراء! فالقول: قوله، وله الأجر، ولا يصدق المستكري أنه لم يحمله؛ لأنه قد ائتمنه على حمله.

قال أبو جعفر: لم نجد هذا القول عن أحد غير مالك، وقوله: إنه أمين، فإنما هو أمين في براءة نفسه إذا قال: قد ضاع، فأما أن يستحق به علىٰ غيره، فلا.

[١٧٨٨] في الصانع يدعي أنه قد ردّ المصنوع[٣] / : [ت ١٦/أ]

قال أبو حنيفة: في الخيَّاط والصنَّاع ونحوه، إذا ادعى أنه قد ردَّ المصنوع، فالقول: قوله.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يصدق، والقول: قول صاحب الشيء مع يمينه.

وقال مالك: القول: قول رب الشيء، سواء عمله بأجر أو بغير أجر.

[١٧٨٩] في الاختلاف في قدر المسافة[٤]:

قال أصحابنا: إذا اختلفا، فقال: أكريتني[٥] إلى بغداد بعشرة دراهم، وقال

---

(١) انظر: المدونة، ٤/٤٨٦، ٤٨٧.

(٢) في النسختين: (فأعطى)، والمثبت يدل عليه السياق، وكذلك عليه نص المدونة: «... فلقيني بعد ذلك فقال ادفع إليّ الكراء وقد بلغت لك الكتاب...»، ٤/٤٨٦.

(٣) انظر: المختصر، ص ١٣٠؛ الكافي، ص ٣٧٦.

(٤) انظر: المبسوط، ١٥/١٧٢؛ المدونة، ٤/٤٨٥؛ الأم، ٧/١٣٩.

(٥) في (م): (أركبتني).

الآخر: أكريتك إلى [القصر][1] بعشرة، ولم تركب، فإنهما يتحالفان ويترادان، فإن قامت بيِّنة، فالبيِّنة بينة المستأجر إلى بغداد بعشرة.

وقال مالك: إذا أنقده الكراء، فالقول: قول رب الدابة، وإن لم ينقده قسم الكراء على الموضع الذي انتهى إليه، والموضع الذي ادعى رب الدابة الكراء إليه، فيعطىٰ المكاري حصته إلى ذلك المكان الذي بلغه.

وقال الشافعي: يتحالفان فيترادان فإن كان قد ركب شيئاً، فعليه قيمة ما ركب.

[١٧٩٠] في وقت الخدمة [٢]:

قال أصحابنا: إذا استأجر عبداً لخدمة شهر، فإنه يستخدمه من السحر إلى العشاء الآخرة، وإلى أن ينام كما يخدم الناس.

وقال مالك: ما عرف الناس في استخدام العبيد.

وقياس قول الشافعي: لا يضر به الضرر البيّن[٣]، وما يعرف الناس أنه يطيق المداومة عليه.

[١٧٩١] فيمن شرط الآجرّ من قِبَلِ البَنّاء[٤]:

قال أصحابنا: إذا استأجره لبناء حائط معلوم، وشرط الآجر والجصّ من عند البنّاء، لم يجز. وقال مالك: يجوز أن يستأجره ليبني له داراً على أن الآجر والجص من / عند الأجير، وإن لم يضرب له أجلاً. [٢٢١]

وقياس قول الشافعي: أنه فاسد.

---

(١) في النسختين: (العصر) والمثبت من نص المبسوط، وهو الذي يدل عليه السياق.
(٢) انظر: المبسوط، ١٦/٥٢؛ المزني، ص ١٢٧؛ الإشراف، ١/٢٤٤.
(٣) في (م): (إليه).
(٤) انظر: المبسوط، ١٦/٤٩، ٥١؛ المدونة، ٤/٤١٣.

قال أبو جعفر: هذا يفسد من وجهين: أحدهما: جهالته، والآخر: أنه بيع ما ليس عنده.

فإن قيل: قد يستأجر الخياط والصبّاغ، والخيوط والصبغ من الأجير.

قيل له: هذا مخصوص من جملة القياس بالإجماع.

[١٧٩٢] في علاج العين بالكحل[(١)]:

قال أصحابنا: إذا استأجر كحالاً على أن يكحل عينه كل شهر بدرهم، [فهو جائز، وكذلك الدواء في كل داء.

وقال مالك: إذا استأجر كحالاً يكحل عينه كل شهر بدرهم][(٢)] فهذا على البرء، فإن برأ فله حقه، وإلاَّ فلا شيء، وإذا كان صحيح العين فشرط أن يكحله شهراً بدرهم بالإِثمِد[(٣)]، جاز، والإجارة فيه جائزة، قاله ابن القاسم علىٰ قياس قول مالك.

وقال الحسن بن حي: لا بأس أن يشارط الطبيب على البرء، ويشارط في العبد على تعليمه عملاً، فإن كان[(٤)] ذلك، فله الأجر المسمىٰ، وإن لم يكن ذلك، فله أجر مثله، وهو قول، عبيد الله بن الحسن.

قال أبو جعفر: الدواء في العلاج بمنزلة الخيوط والخياط.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٦/٤١؛ المدونة، ٤/٤٢٢.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من (م)، وهي ساقطة من الأصل.

(٣) الإثمد ــ بكسر الهمزة والميم ــ الكحل الأسود، وهو الكحل الأصفهاني: «وهو عنصر فلزي معدني، بلوري الشكل، قصديري اللون؛ صلب هش يوجد في حالة نقية، وغالباً متحداً مع غيره من العناصر، يكتحل به». المصباح؛ (المعجم الوسيط). (ثمد).

(٤) في (م): (جاز).

[١٧٩٣] في أجر الراعي [1]:

قال أصحابنا: إذا استأجره شهراً لرعي الغنم، فهو جائز وهو أجير خاص، [ت ١٦/ب] لا يأخذ غنم غيره، فإن نقص الغنم، فله الأجر، وإن أراد أن يزيد / فله أن يزيده بقدر ما يطيق، وإن كان قد سمى غنماً [بأعيانها، ولو لم يستأجره شهراً ولكنه دفع إليه غنماً] فسماه على أن يرعاها له، كل شهر بدرهم، فهذا مشترك لا يزيد فيها، فإن هلك بعضها نقص من الأجر بحسابه.

وقال مالك: فيمن باع سلعة بثمن على أن ينجز له في ثمنها سنة، وشرط أنه إن تلف المال، أخلفه البائع حتى يتم عمله سنة، فهذا جائز، وإن لم يشترط إخلافه، لم يجز.

وكذلك إذا استأجره يرعى له غنمه هذه بأعيانها سنة، فإن لم يشترط فيها أن ما مات منها فعلى رب الغنم أن يخلفه، فلا خير في هذه الإجارة، فإن شرط أن يخلفها ثم لم يخلفها استحق الأجر بمضي السنة، فإذا انفسخت الإجارة بموت الغنم، لم يجز، وإن لم ينفسخ، جاز، هذا أصله.

وقال الأوزاعي: إذا استأجر الراعي يرعىٰ غنماً، فليس له أن يأخذ من غيره إلاَّ بإذنه، وله أجر ما رعىٰ للناس قبل أن يمنعه.

[٢٢٢] قال أبو جعفر: وهو قول ساقط؛ لأنه لم يشترط مدة للإجارة / فلو جازت الإجارة، كان أجيراً مشتركاً.

[١٧٩٤] إذا ادعى المستأجر ارتفاع التسليم:

قال أصحابنا والثوري: إذا جاء بالعبد المستأجر للخدمة، فقال: أبق حين أخذته، أو مرض فإن كان مريضاً أو آبقاً، فالقول: قول المستأجر، وإن كان في يده صحيحاً فالقول: قول المؤاجر.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٥/ ١٦٠، ١٦١؛ المدونة، ٤/ ٤٣٧، ٤٣٨.

وقال مالك: إذا استأجر فسطاطاً[1]، ذاهباً أو جائياً، فلما رجع، قال قد ضاعت في [البرية][2]. فالقول: قول المستأجر في الضياع، ويلزمه الكراء كله.

[١٧٩٥] في الصبـي المستأجر يبلغ:

قال أصحابنا: إذا أجر الوصيّ اليتيم، فبلغ في مدة الإجارة، كان له فسخها، ولو أجر داره أو عبده ثم بلغ، لم يكن له فسخها.

وقال مالك: إن أجر الوصيّ داره في مدة، يظن أن الصبـيّ لا يبلغ في مثلها، لم يكن له أن يرد ما صنع، وإن علم أن الصبـيّ يحتلم قبل ذلك، لم يجز ذلك عليه.

وقال الشافعي: في العبد المستأجر للخدمة إذا أعتقه المؤاجر، جاز عتقه ومضي على الإجارة، ويرجع بها على السيد.

فإذا كان هذا مذهبه في العبد، ففي الوصيّ أحرىٰ أن لا يفسخ ببلوغ الصبـيّ.

[١٧٩٦] في استئجار الدابة[3]:

قال أصحابنا: إذا استأجر دابة من البصرة إلى الكوفة، فله أن يذهب بها إلى أي نواحيها شاء، وإن استأجر دابة إلى الري[4]، كانت الإجارة فاسدة.

وقال أبو يوسف: إذا اكترى إلى الري، فهو إلى مدينتها، وإذا اكتراها إلى الشام أو إلى خراسان، فالكراء فاسد.

---

(١) الفسطاط ــ بضم الفاء وكسرها ــ بيت من الشعر، والجمع: فساطيط، المصباح: (فسط).

(٢) في الأصل: (البراأة)، والمثبت من: (م).

(٣) انظر: المبسوط، ١٥/١٧١؛ المدونة، ٤/٤٩٨، ٤٩٩؛ المزني، ص ١٢٧.

(٤) الري: هي الآن، مدينة طهران عاصمة إيران. انظر: كي لستربخ: بلدان الخلافة الشرقية، ص ٢٥٢.

قال مالك: لا يجوز الكراء إلى الشام، وإن اكترى إلى فلسطين، نظر إلى معارف الناس، فإن كان عندهم إلى الرملة فهو إلى الرملة، وإذا اكترى إلى مصر، فهو إلى الفسطاط.

وقال الثوري: إذا اكترى إلى الكوفة، فإنه يبلغه أهله، وإن كان في أقصى الكوفة.

وعند الشافعي: المتعارف.

[ت ١٧/أ] [١٧٩٧] / الاختلاف في مقدار العُصْفُر(١):

قال أصحابنا: إذا اختلفا في مقدار العصفر(٢) الذي أمره أن يصبغ به، فالقول: قول رب الثوب.

وقال مالك: القول: قول الصباغ، إذا كان ما في العصفر من الثوب يشبه أن يكون كما قال الصبّاغ؛ لأنه قد ائتمنه على ذلك.

[٢٢٣] وقياس / قول الشافعي: أن يكون القول: قول رب الثوب.

[١٧٩٨] في الظئر لها زوج(٣):

قال أصحابنا: إذا أذن لها الزوج في أن تؤاجر نفسها ظئراً، فلأهل الصبيّ أن يمنعوه في وطئها في منزلهم، وليس لهم أن يمنعوه من وطئها في منزله.

وقال مالك: إذا كانت الإجارة بإذن زوجها، لم يكن للزوج أن يطأها.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٥/٩٨؛ المدونة، ٤/٤٥١؛ الأم، ٤/ ٤٠.

(٢) العصفر ــ بضم العين والفاء ــ نبت يصبغ به الثوب. انظر: المصباح؛ المختار (عصفر).

(٣) انظر: المبسوط، ١٥/ ١٢٢؛ المدونة، ٤/ ٤٤١.

[١٧٩٩] في الظئر تريد فسخ الإجارة[١]:

قال أصحابنا: إذا لم تعرف بمثل ذلك، فلها أن لا ترضع، وإن كانت تعرف به، فهو جائز عليها، وليس لها أن تترك إلاَّ من عذر.

وقال مالك: ليس لها أن تفسخ الإجارة، وإن كانت شريفة غير معروفة بذلك.

[١٨٠٠] إذا مات أبو الرضيع[٢]:

قال أصحابنا: إذا استأجر ظئراً لابنه، ثم مات الأب، لم تنتقض الإجارة، والشافعي: يقول[٣] به.

وقال ابن شبرمة: لإخوة[٤] الصبي أن يقبضوه منها.

[١٨٠١] في الإجارة بما في الذمة:

قال أصحابنا: لا يجوز إلاَّ على ما يجوز مثله في البيع، وهو قول الثوري.

وقال مالك: يجوز أن يكون الأجر عبداً مؤجلاً، وثياباً مؤجلة كالبيع، ولا يجوز إذا لم يشترط الأجل فيه.

وعند الشافعي: إذا كانت المنافع مضمونة، فسبيل إبدالها أن يكون حالة كالسلم.

[١٨٠٢] في استئجار الشريك:

قال أصحابنا: في طعام بين رجلين استأجر أحدهما صاحبه على حمل

---

(١) انظر: المبسوط، ١٥/ ١٢٢؛ المدونة، ٤/ ٤٤٣.
(٢) انظر: المبسوط، ١٥/ ١٢٤.
(٣) في (م): (وهو قول الشافعي).
(٤) في (م): (لأجرة).

يصيبه منه، غير مقسوم، أو على طحنه، لم يجز ذلك، وإن فعل فلا أجر له. وكذلك لو استأجر نصف دابة بينهما تحمل شيئاً له، لم يجز.

وقال مالك: إذا كان غزل بين رجلين، استأجر أحدهما صاحبه، على أن ينسجه بدراهم مسماة، لم يجز؛ لأن النسج إذا لزمه، لا يقدر أن يبيع نصيبه من الغزل، ولو كان بينهما غنم استأجره على أن يرعاها بنصف أجرها، جاز إذا كان إن ماتت الغنم، أخلف له مثل حصته، وإن كان بينهما حنطة، فاستأجره على أن يطحنها كلها، لم يجز، وإن شرط طحن حصته، جاز.[1].

وقياس مذهب الليث: أن الإجارة فاسدة، إذا شرط العمل في النصيبين، وللعامل أجر مثله.

قال أبو جعفر: إذا استأجره لحمل شيء بينهما، قد وقعت الإجارة على حمل نصيبه، على أن يحمل معه نصيب الأجير، فقد اشترط[2] شرطاً يفسد [٢٢٤] الإجارة؛ لأنه لا يقدر / على حمل ما استؤجر عليه، إلاَّ بحمل ما لم يدخل في الإجارة، وليس كذلك إجارة نصف البيت على قولهما؛ لأن ذلك إنما يستحق ت ١٧/ب] الأجر فيه بالتسليم / لا غير، وقد يصح تسليم النصف مشاعاً.

[١٨٠٣] في التصرف في الأجرة ثم تنتقض الإجارة:

قال محمد في الإملاء: في رجل استأجر رجلاً بدراهم حالّة، فأعطاه بها دنانير، أو عرضاً، ثم انتقضت الإجارة، رد الأجر نفسه، دون المقبوض، والشافعي يقول[3] بهذا.

وقال مالك: إذا أخذ عن الدنانير دراهم، ردّ الدراهم، وإذا أخذ عرضاً، رد الدنانير. ذكر ذلك في البيع والإجارة مثله.

---

(١) انظر: المدونة، ٤/ ٤١١.

(٢) في (م): (وهذا شرط يفسد الإجارة).

(٣) في (م): (والشافعي هذا قوله).

[١٨٠٤] في البئر تتهور[1]:

إذا استأجره ليحفر له بئراً في داره، فحفرها ثم انهارت قبل أن يفرغ منها، فله من الأجر بحسابه، وكذلك لو كانت في فنائه. ولو كانت في الجبّانة[2]، فحفرها فانهارت، فلا أجر له حتى يسلمها إلى صاحبها.

وقال ابن القاسم عن مالك: إذا استأجره يحفر له بئراً، فحفرها فانهدمت، فإن كان بعد فراغه منها، فله الأجر، وإن انهدمت قبل الفراغ، فلا أجر له.

وذكر ابن القاسم عنه أيضاً: أنه إذا استأجره يحفر له بئراً صفتها كذا، فحفر نصفها، فانهدمت، فله من الأجر بقدر ما عمل إلاَّ أن يكون ذلك من وجه الجعل: وهو أن يجعل له جعلاً على أن يحفر له بئراً بعشرين درهماً، فإن حفرها، فانهدمت قبل أن يسلمها إلى صاحبها، فلا شيء له.

فذلك اختلاف روايتين، ولم يذكر فيها فرقاً بين حفرها في ملكه أو غير ملكه.

[١٨٠٥] إذا لم يسم ما يحمل على الدابة[3]:

قال أصحابنا: إذا اختصما قبل أن يحمل انتقضت الإجارة، فإن حمل عليها كما يحمل الناس، فعطب، فلا ضمان، وإن سلم فله الأجر المسمى.

وقال زفر: له أجر المثل، وهو القياس، وهو قول مالك والشافعي.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٦/٤٧، ٤٨؛ المدونة، ٤/٤٤٩.

(٢) الجبانة: المصلى العام في الصحراء، والجبّان: الصحراء، والمقبرة. المغرب؛ المعجم الوسيط (جبن).

(٣) انظر: المبسوط، ١٥/١٧٢؛ الأم، ٧/١٣٩؛ المدونة، ٤/٥٢٤.

[١٨٠٦] في بيع المستأجر(١):

قال أصحابنا: لا يجوز بيعه إلاَّ أن يكون عليه دين فحبس به، فباعها في دينه، فهذا عذر، والبيع جائز.

وحكى ابن أبي عمران، عن أبي يوسف في إملائه: أن المشتري إن علم أنه مستأجر، فالبيع جائز، وينتظر انقضاء الإجارة، بمنزلة من اشترى سلعة وعلم بها عيباً، وإن لم يعلم أنه مستأجر فهو بالخيار: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء رضي.

ولا يختلف قوله في الوارث إذا باع الدار الموصىٰ لرجل بسكناها إن ذلك لا يجوز إلاَّ أن يخبره / الموصىٰ له بالسكنى، وهو قول الليث في الإجارة. [٢٢٥]

وقال ابن شبرمة: يقطع البيع الإجارة.

وقال مالك، والثوري، والشافعي: لا يجوز البيع.

وقال الحسن بن حي: لا يجوز إلاَّ من عذر، وكذلك سائر الأعذار له أن يفسخ بها، نحو: أن يستأجر غلاماً لعمل، فيبدو له في ذلك العمل، ويتحوّل عنه، ومثل: أن يريد المولىٰ أن يسافر بالغلام.

وقد قال أصحابنا: إذا أجاز المستأجر البيع، انتقضت الإجارة.

وقال الربيع عن الشافعي: إن أجاز المستأجر البيع، فللمشترى الملك؛ ولهذا الخدمة، وإن شاء ردّا البيع.

وقال فيه قول ثان: إن البيع منتقض؛ لأنه يحول بينه وبينه.

[ت ١٨/أ] قال أبو جعفر: / لم يختلفوا أن المؤاجر لو أراد فسخ الإجارة من غير بيع، لم يكن له ذلك، فلا يجوز له فسخها بالبيع أيضاً.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٦/٣؛ الكافي، ص ٣٦٨، ٣٦٩.

وقال مالك: إذا كانت المدة قريبة، فليس للمستأجر فسخ البيع، وإذا كانت بعيدة، فله فسخه. . .

وهذا فاسد؛ لأن قليل المدة وبعيدها لا يختلف فيها حق المستأجر.

وقال مالك: في بعيد المدة، إن البيع باطل، وكان الأولىٰ به أن يقفه؛ لأنه يرى البيع الموقوف.

قال أبو جعفر: لا يجوز أن يستوفي المنافع في ملك المشتري إذا أجاز المستأجر البيع؛ لأن البائع عقد على منافع طارئة على ملكه في المستأنف، غير مملوكة بالعقد، بدلالة أن هلاك العبد بعد الإجارة يبطل العقد فيصير حينئذٍ المنافع كأنها مستثناة على المشتري في ملكه، وذلك يمنع جواز البيع، وليس كالأمة المزوجة إذا بيعت؛ لأن البضع بمنزلة المملوك بالعقد بدلالة أن هلاكها بعد العقد لا يبطل المهر، وأن كونها مزوجة لا يمنع جواز عقد البيع عليها بغير إذن الزوج.

[١٨٠٧] في الأجرة لها حمل ومؤونة[١]:

قال أصحابنا: في الإجارة إذا لم يكن له حمل ومؤونة، أوفاها حيث ما أخذه، وإن كان له حمل ومؤونة، لم يجز في قول أبي حنيفة حتى يشترط الموضع الذي يوفّيها فيه.

وفي قولهما: يدفعه عند الأرض والدار.

وفي الحمولة ما وجب في العمل بيده حيث يوفيه العمل.

وقال مالك: إذا اكترى إبلاً إلى مكة بطعامٍ مضمونٍ، ولم يذكر موضع الإيفاء، ولا ضرب له أجلاً، فهو فاسد إذا لم يكن للناس عادة يحملون عليها.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٥/١١٣، ١١٤؛ الكافي، ص ٣٦٨.

[٢٢٦][١٨٠٨] في مستأجر الدابة إذا حمل عليها غيره[(١)] / :

قال أصحابنا: إذا استأجر دابة بعينها ليركبها[(٢)]، فحمل عليها غيره ضمن، والأجر عليه، وهو قول ابن شبرمة، والحسن بن حيّ، في أنه لا يركبها غيره.

وعن مالك روايتان: إحداهما: أنه لا يفعل، والأخرى: إذا كان [مثله][(٣)] أو دونه، فلا ضمان عليه، وكذلك ذكر الربيع عن الشافعي أنه اعتبر الجثة[(٤)]. وقال في العنف: إن لم يكن كركوب الناس، ضمن، وإن كان كركوب الناس لم يضمن.

قال أبو جعفر: لا يختلفون فيمن استأجر دابة ليحمل عليها حنطة معلومة المقدار، فحمل عليها شعيراً بمقدارها، أنه لا يضمن ولو حمل عليها حديداً، ضمن، كذلك الرجال متفاوتون في الحمل على الدابة، ولا يضبط المساواة فيما بينهم.

[١٨٠٩] في المستأجر يجوز بالدابة الموضع المشروط ثم يردها[(٥)]:

قال في الأصل: في الرجل يستأجر دابة ليركبها إلى الحيرة، فجاوز بها القادسية ثم ردّها إلى الحيرة، فعطبت، فهو[(٦)] ضامن، في قوله الثاني الذي رجع إليه، وكذلك العارية / . [ت ١٨/ب]

وذكر ابن سماعة عن محمد: إذا استأجر دابة أيّاماً معلومة يركبها في

---

(١) انظر: المبسوط، ١٥/ ١٧٠؛ المدونة، ٤/٤٧٨.
(٢) في (م): (لركبها).
(٣) في الأصل (بمثله) والمثبت من (م).
(٤) في (م): (الخفة).
(٥) انظر: المختصر، ص ١٢٩؛ المزني، ص ١٢٦؛ الكافي، ص ٤٠٧.
(٦) في (م): (ضمن).

المصر، فخرج عليها من المصر ثم ردّها في تلك الأيام إلى المصر، فعطبت، لم يضمن كالوديعة.

وذكر بشر[1] عن أبـي يوسف عن أبـي حنيفة: إذا استأجر دابة بأجر معلوم إلى موضع معلوم، فجاوز ذلك الموضع ثم ردّها، فماتت في الموضع الذي سمي، فهو ضامن، وعليه الكراء في البداءة إلى الموضع الذي سمي، ويبطل الكراء عنه فيما بعد الخلاف.

وذكر الحسن بن أبـي مالك عن أبـي يوسف: في رجل استأجر دابة من بغداد إلى الكوفة، فجاز[2] بها إلى القادسية، فصار ضامناً غاصباً، ثم أمسكها فتلفت في يده[3]، أنه بريء من ضمانها. ولو استأجرها ذاهباً وجائياً، فجاز ثم رجع، لم يبرأ من الضمان؛ لأن من استأجرها ذاهباً وجائياً، عليه ردّها إلى صاحبها، والذي يستأجر إلى الكوفة، على المؤاجر أن يبعث معه من يقبضها منه، فلما[4] لم يفعل، كان المستأجر ممسكاً لها لصاحبها، فبرىء بإمساكه لها.

وقال الحسن بن زياد عن زفر: إذا استأجرها من الكوفة إلى القادسية ذاهباً وجائياً، فجاز القادسية، ثم ركبها راجعاً إلى الكوفة، فعليه الأجر ذاهباً وجائياً، وإن أصابها شيء من حين[5] جاوز القادسية، [ضمن. وإن سلمت إلى أن رجع إلى القادسية ثم أصابها شيء][6] إلى الكوفة، فلا ضمان.

وقال أبو يوسف: إذا جاوز القادسية، فهو ضامن حتى يردها إلى صاحبها / وليس عليه كراء في رجوعه، وعليه نصف الكراء في الذهاب. [٢٢٧]

---

(١) في (م): (بشر بن الوليد).
(٢) في (م): (فجاوزها).
(٣) في (م): (يد).
(٤) في (م): (فإن لم يفعل).
(٥) في (م): (حيث).
(٦) ما بين المعقوفتين زيدت من نسخة (م): وهي ساقطة من الأصل.

قال: وهو قول أبي حنيفة، هذا رواية الحسن بن زياد.

وقال مالك: في العارية إذا تعدى عليها إلى موضع قريب أو بعيد، فعطبت، ضمن، وإن تعدىٰ فردّها، وكان بقرية قريبة الأميال ونحوها، فلا عليه شيء إذا سلمت، وعليه كراء ما تعدى فيه: فإن كان تعدى بعيداً، كان بالخيار: إن شاء أخذ دابته وكراء ما تعدىٰ وإن شاء أخذ قيمتها يوم تعدىٰ.

وقال الثوري والشافعي: إذا تعدى فجاوز الموضع، ضمن ولا يبرأ إلا بردّها إلى صاحبها

وقال أصحابنا في الوديعة: إذا تعدى ثم[1] نزل عنها، بريء.

وقال الشافعي: لا يبرأ.

[١٨١٠] في الإقالة في الإجارة على زيادة الأجر:

قال أبو [جعفر]: الإقالة قبل القبض فسخ عند أصحابنا، وبعد القبض عند أبي حنيفة [كذلك]، فلا تصح إلاَّ على الثمن الأول، فأما الإجارة، فإنه يصح فيها الفسخ، ولا يصح فيها عقد إجارة بينه وبين المؤاجر.

قال ابن سماعة عن محمد: لا يجوز للمستأجر أن يؤاجر ما استأجره من المؤاجر بعد القبض ولا قبله؛ لأنه لو جاز، كان على كل واحد تسليم منافع غيره [وأخذه][2] في وقت واحد إلى صاحبه[3]، فيبطل.

وقال مالك: إذا أنقده الكراء، فإنه تجوز إقالته بزيادة على رأس المال [ت ١٩/أ] ما لم يبرحا، فإن تفرقا / ، جازت الزيادة من المستأجر، ولا تجوز من المؤاجر.

(١) في (م): (ينزل).
(٢) في الأصل (واحدة) وفي (م): (واجبة) والمثبت بحسب اقتضاء العبارة كما أن صورة نسخة ت تؤيده، والله أعلم.
(٣) في (م): (صاحبيه).

[١٨١١] في جناية الأجير المشترك[١] :

قال أبو حنيفة: هو ضامن لما جنت يداه وإن لم يخالف والتبزيغ[٢] والحجامة إذا حدث عنها الموت، لم يضمن وهو قول ابن شبرمة، والشافعي.

وقال زفر: لا يضمن ما جنت يداه إلَّا أن يخالف.

وقال أبو يوسف، ومحمد، وابن أبي ليلىٰ: يضمن ما هلك عنده من جنايته.

[١٨١٢] في هلاك الدابة المستأجرة[٣] :

قال أصحابنا: إذا اكترى دابة بغير عينها يحمله إلى حلوان، فضعفت عن حمله في الطريق، فعليه أن يبدلها، وإن كان اكتراها بعينها، فليس عليه أن يبدلها[٤]، وهو قول البتّي والشافعي.

وقال مالك: إن كان في موضع لا يقدر فيه على الكراء، فإنه يتحول [على][٥] دابة مكانها، إن رضي الكراء، وإن كان الكراء فيه موجوداً لا يتحول إلى غيرها.

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٢٩؛ المبسوط، ١٥/١٠٤، ١٠٥؛ الأم، ٤/٣٧؛ وفي المدونة «ذكر ابن وهب في آثار مثل قول زفر»، ٤/٤٩٨؛ وفي الكافي « ولا ضمان على أجير ولا مستأجر إلَّا ما جنت أيديهما»، ص ٣٧٥.

(٢) التبزيغ: من بزغ البيطار الدابة: شقها بالمبزغ، وهو مثل مِشرط الحجام ، وأسال الدم، انظر: المغرب، المصباح (بزغ).

(٣) انظر: المختصر، ص ١٢٩؛ المبسوط، ١٥/١٧٧؛ الأم، ٤/٣٥، ٣٦؛ المدونة، ٤/٤٦٦؛ الكافي، ص ٣٧٢.

(٤) وفي الحالة الثانية لا يمكن استيفاء المنفعة من دابة أخرىٰ فيكون عذراً لفسخ الإجارة وأما إن عطبت الدابة في يد مستأجرها من غير تعد منه، فلا ضمان عليه. انظر: المختصر.

(٥) في الأصل: (عن)، والمثبت من (م).

[٢٢٨] قال أبو جعفر: وأجاز عثمان البتّي إجارة مسكن لا بعينه، / وهذا لم نجده عن أحد من أهل العلم.

[١٨١٣] في إجارة الحُلِيّ[١]:

لم يكرهه أحد من الفقهاء إلاَّ مالك، فإنه كرهه، ولا يحرمه[٢].

[١٨١٤] في إجارة الدراهم[٣]:

قال أصحابنا: لا يجوز إلاَّ أن يقال: أَسْتَأْجِرُه لِأَزِنَ به ويوقت[٤].

وقال مالك: لا يجوز إجارة الدراهم والدنانير والفلوس ويكون قَرْضاً.

[١٨١٥] في أجرة الأرضين[٥]:

قال أصحابنا: تجوز إجارة الأرضين المزروعة بما تجوز به سائر الإجارات [وهو قول[٦]] الشافعي.

وكره مالك أن يستأجرها بثمر[٧] أو حنطة مما تخرج منها، أو من غيرها، ويجوز أن يكتريها[٨].

قال ابن القاسم عن مالك: لا تكرى الأرض بشيء مما تنبت الأرض، وإن كان لا يؤكل.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٥/ ١٧٠؛ المدونة، ٤/٤١٧؛ الإشراف، ١/ ٢٣٩.

(٢) وقال مالك: «لست أراه بالحرام البيّن، وليس كراء الحُلِيّ من أخلاق الناس، وأنا لا أرى به بأساً». المدونة.

(٣) انظر: المبسوط، ١٦/ ٣١.

(٤) مثل أن يقول: «إلى الليل بأجرة مسماة».

(٥) انظر: المختصر، ص ١٣٢؛ الأم، ٤/ ١٤؛ المدونة، ٤/ ٥٤٣.

(٦) زيدت من (م).

(٧) في (م): (بثمن).

(٨) في (م): (أن يكتريها بحسب).

وقال مالك: ولا يجوز استئجارها بالسمن والعسل، والجبن واللبن، كما لا يجوز بالقمح؛ لأنه يصير كالقمح بالسمن والعسل إلى أجل، قال: ولا تكرى بالملح، ولا بالكتّان.

[قال أبو جعفر: ما يخرج من الأرض ليس ببدل عن الأجرة، فيعتبر فيه ما ذكره مالك، فيجوز بيع اللأرض بهذه الأشياء][1].

[١٨١٦] في الإجارة على عمل ما ليس عنده:

قال في الأصل: إذا استأجره على أن يقصر له عشرة أثواب بدرهم، ولم يره الثياب، ولم يكن عنده، فهذا فاسد، ولو سمّى له جنساً من الثياب، لم تجز ما لم يرها إياه.

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا استأجره بعشرة دراهم على أن يحلج له قطناً معلوماً، وسمّاه مروياً[2] أو حشناً، فهذا جائز إذا كان القطن عنده، ولا يجوز استئجاره على عمل ما ليس عنده، كما لا يجوز بيع ما ليس عنده. ولو قال: تقصر لي مائة ثوب مروي بكذا، جاز إذا كانت الثياب عنده، وهو بالخيار إذا رأى الثياب، ولا يشبه القطن؛ لأن قصارة الثياب تختلف على حسب دقتها ورقتها، وكان له الخيار، والقطن لا يختلف فيه النوع[3] الواحد منه.

وقال مالك: لا بأس بأن يشارط الخبّاز أن يخبز له شيئاً / مسمى، إلاَّ أنه [ت ١٩/ب] يأتيه اليوم بمد، وغداً بصاع، وهو قول الليث.

قال أبو جعفر: العمل الحاصل في الثوب بمنزلة المبيع، ألا ترى أن للصانع حبسه بالأجرة، كحبس المبيع، فلم يجز الاستئجار عليه، إلاَّ وهو عند

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من الأصل، والمثبت من (م).

(٢) مرويا: أبيض ناصعاً، حشناً: متغير لونه من الوسخ. انظر: القاموس (مري، حشن).

(٣) في (م): (والواحد).

مستأجره؛ لأن صحة العمل فيه مضمنة بما يقع فيه العمل، وليس كذلك الأجير الحاضر؛ لأنه يستحق الأجر بتسليم نفسه، لا بعمل واقع في عين.

[٢٢٩] [١٨١٧] / في المستأجر يتعدىٰ في المركوب أو الدار[١]:

قال أصحابنا: إذا استأجر دابة إلى موضع: فجاوز بها ذلك الموضع، أو كان سكنىٰ دار شهراً، فسكنها شهرين، فعليه الأجر المسمى ولا أجر عليه فيما تعدىٰ فيه، وبه يقول[٢] الثوري.

وقال ابن شبرمة والليث: عليه الكراء المسمى، والكراء إلى حيث شاء بحسب ما اكترى، سواء عطبت أو سلمت، إلاَّ أنها إذا عطبت، ضمنها أيضاً.

وقال مالك: إن تعدى الميل والميلين، فلا قيمة عليه، وعليه الكراء إذا ردّها على حالها، وإن استأجر ثوباً شهراً فحبسه، فعليه الكراء بقدر ما حبسه بغير لبس، ولا يكون عليه مثل أجر من لبس.

قال مالك: وإن غصب حراً، فاستخدمه، فعليه الكراء.

وقال الشافعي: إذا تعدى بالدابة إلى موضع آخر، فعليه الأجر المسمى وعليه أجر المثل فيما تعدى فيه.

قال: ولا يختلف عنه فيمن غصب حراً فاستعمله في عمل، أنه لا أجر عليه في ذلك، وفرق بين الحر والعبد.

[١٨١٨] في غصب الغاصب هل يسقط الأجر عن المستأجر[٣]:

قال أصحابنا: إذا غصب الدار المستأجرة غاصب حتى انقضت الإجارة،

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٢٨؛ المدونة، ٤/ ٤٨١؛ المزني، ص ١٢٦.
(٢) في (م): (وهو قول الثوري).
(٣) انظر: المبسوط، ١٥/ ١٣٧؛ الأم، ٤/ ١٨؛ المزني، ص ١١٧؛ الكافي، ص ٤٣٠.

فلا أجر على المستأجر، وهو قول البتي، والحسن بن حيّ، وعبيد الله بن الحسن، والشافعي.

وقال مالك: إن غصبه سلطان لا ينتصف منه، فلا أجر عليه، وإن غصبه غير سلطان، فعليه الكراء.

قال أبو جعفر: على المؤاجر إدامة تسليمها إلى المستأجر، ولا يبرئه التسليم الأول من ذلك، بدلالة السلطان إذا غصب، فوجب أن يكون غير السلطان مثله، كالبيع إذا غصبه غاصب من يد البائع، لا يختلف حكمه أن يكون سلطاناً أو غيره في أن المشتري لا يلزمه[1] الثمن.

[١٨١٩] في الإجارة بالمنافع[2]:

قال أصحابنا: لا يجوز سكنىٰ دار بسكنىٰ دار، وكذلك سائر المنافع، لا يجوز بجنسها.

وقال مالك: لا بأس بسكنىٰ دار بسكنى دار أخرىٰ.

قال أبو جعفر: لا خلاف في جواز بيع دار بدار / كجوازه بغير الدور، إلاَّ [ت ٢٠/أ] أن ذلك أعيان، وللمنافع أصل [آخر][3] في امتناع جواز الجنس بالجنس منه[4].

وهو ما روي عن النبي ﷺ (من النهي عن الشِغار)[5]، وهو قول مالك: بضع ببضع، والأبضاع منافع، فالعقود عليها كعقود الإجارات على المنافع.

---

(١) في (م): (لا يأتي فيه الثمن).

(٢) انظر: المبسوط، ١٥/١٣٩؛ المدونة، ٤/٥١١.

(٣) الزيادة من م.

(٤) في (م): (الجنس بجنسه).

(٥) الحديث أخرجه الشيخان وغيرهما ـ من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وغيره، البخاري، في النكاح، باب الشغار، (٥١١٢).
ومسلم في النكاح، تحريم نكاح الشغار (١٤١٥).

[١٨٢٠] في منع التسليم في بعض المدة[1]:

[٢٣٠] قال أصحابنا: إذا / استأجر داراً مسماة، فمنعه إياها شهراً أو أكثر، ثم أراد أن يسلم إليه في بقية المدة، فليس للمستأجر أن يمتنع إلاَّ من عذر، وهو قول مالك، والشافعي.

وقال الثوري: للمستأجر الخيار: إن شاء أخذها في بقية المدة، وإن شاء ترك الإجارة.

وقال أبو جعفر: لم يستحق عليه تسليمها إلاَّ حالاً فحالاً، وقد وجد فيما بقي من المدة كذلك، فليس له أن يمتنع، وليس [ذلك مثل أن يستأجر دارين فتغرف إحداهما، فيكون له بالخيار: إن شاء أخذها في بقية المدة، وإن شاء ترك الإجارة (. . .)[2] وليس ذلك مثل الأولىٰ؛ لأنه قد يستحق][3] تسليمها معاً [كالمبيعين][4] في صفقة واحدة.

[١٨٢١] في إجارة المشاع[5][6]:

قال أبو حنيفة: لا تجوز إجارة المشاع إلاَّ من شريكه، وهو قول زفر.

وقال أبو يوسف، ومحمد، ومالك، والشافعي: تجوز إجارة المشاع.

قال وذكر عمرو بن خالد في اختلاف زفر وأبي يوسف الذي رواه ما يوجب أن لا تجوز إجارة المشاع من الشريك في قول أبي حنيفة وزفر.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٥/١٣٦.

(٢) هنا العبارة مكررة من (قال أبو جعفر. . إلى أن يمتنع).

(٣) ما بين المعقوفتين كلها ساقطة من الأصل، والمثبت من (م).

(٤) في الأصل: (كالمتيقن)، والمثبت من (م).

(٥) المشاع من شائع: والشائع من الأسهم في أرض أو عقار: هو المشترك غير المقسوم. انظر: المختار، الهادي (شاع).

(٦) انظر: المختصر، ص ١٣١؛ المبسوط، ١٥/١٤٥؛ المدونة، ٤/٥٠٩، ٥١٠؛ المهذب، ١/٤٠٢؛ الإشراف، ١/٢٣٢.

قال أبو جعفر: المشاع لا يمكن الانتفاع به إلاَّ بالمهايأة[1] فيصير كالمشروط في عقد الإجارة أن يكون في يد المستأجر يوماً وفي يد آخر يوماً، ولا يستحق المستأجر بالمهايأة البداءة على [الآخر][2]، فيصير وقت السكنى مجهولاً، ففسد.

وإذا كان ملكاً[3] لنفسه فذلك غير موجود، فيجوز.

والرواية الأخرىٰ: التي لا تجيز إجارتها من الشريك، ذهب فيها إلى أنه يجوز أن يبيع المستأجر نصيبه من الدار، فتحصل[4] الإجارة في مشاع، فيحتاج فيه إلى المهايأة فتفسد.

وقال أصحابنا: لا يجوز رهن المشاع من الشريك، ولا من غيره.

قال أبو جعفر: وقد قال أبو حنيفة في دار بين رجلين، أجَّراها من رجل ثم ناقض [المستأجر][5] أحدهما الإجارة في نصيبه، لم يبطل في نصيب الآخر، وكذلك إذا مات أحدهما.

وروى الحسن عن أبي حنيفة وزفر: أن الإجارة تنتقض.

[١٨٢٢] في استئجار الطريق: / [٢٣١]

قال أبو حنيفة: إذا استأجر طريقاً ليمر فيه من دار المؤاجر إلى دار المستأجر، لم يجز ذلك، وهو قول أبي يوسف.

وقال ابن القاسم: على مذهب مالك ينبغي أن يجوز.

---

(١) المهايأة: «من التهايؤ: وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، وحقيقته أن كلاً منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها» المغرب: (هيأ).

(٢) في الأصل: (الأجر)، والمثبت من (م).

(٣) ساقطة من (م).

(٤) في (م): (فتجعل).

(٥) في الأصل: (المشتري)، والمثبت من (م).

قال أبو جعفر: استئجار الطريق لا يقطع حق المؤاجر من التطرق في الموضع، فصار كاستئجار [المشاع][1] فلا يجوز على قول أبي حنيفة.

وقياس قول أبي يوسف ومحمد: أن يجوز لإجارتهما إجارة المشاع، ثم لا يخلو ذلك الطريق من أن[2] [ينقسم أو لا ينقسم، فإن انقسم فهو لا يدري أي الجانبين يقع له، أو مما لا ينقسم فيكون في يد كل واحد منهما يوماً، فيفسد؛ لأنه لا يدري أيّ يوم يبتدىء فيه التسليم.

فإن قيل: هذا اشترى نصف دار شائعاً للشريك فيها حق القيمة، وكل واحد لا يدري أي جانب يصير له بالقسمة، ولم يفسد البيع في أجل ذلك.

قيل له: الفرق بينهما أن البيع يوجب له الملك المبيع مشاعاً فيستلمه على الهيئة التي ابتاعها، ثم تقع القسمة في ملكه، لا يجيز[3] البيع؛ لأن القسمة لا تصير من حقوق البيع، وليس كذلك الإجارة؛ لأنه لا يملك المنافع في الحال، وإنما ملكها حالاً فحالاً فلو جازت الإجارة كانت القسمة واقعة في تلك المنافع على ملك المؤاجر، ويكون مسلماً لها في المستأنف إلى المستأجر فتكون الإجارة واقعة على منافع مشاعة في وقت الإجارة، ومقسومة في وقت التسليم، وذلك يوجب فسادها.

[١٨٢٣] إذا آجر ما استأجر بأكثر[4]:

قال أصحابنا: لا يجوز للمستأجر أن يؤاجر ما استأجره قبل [أن] يقبض،

---

(١) في الأصل: (المبتاع)، والمثبت من (م).
(٢) من هنا وقع سقط كبير في نسخة الأصل (ت) فشمل المسائل إلى آخر الإجارة، وباب الهبة وجزء من الوقف؛ ولذلك اعتمدت في هذه المسائل الساقطة ــ على نسخة (م): فقط.
(٣) في أصل المخطوطة: (لا بحبر) هكذا.
(٤) انظر: المختصر، ص ١٢٩؛ المدونة، ٤/٥١٥؛ المهذب، ١/٤١٠؛ الإشراف، ١/٢٢٣.

ويجوز بعد القبض، فإن آجر بأكثر [يتصدق] بالفضل، إلاَّ أن يكون أصلح فيه شيئاً، أو بنىٰ فيه بناء، وهو قول الثوري؛ والأوزاعي، والحسن بن حيّ.

وقال مالك، والبتيّ، والليث، والشافعي: لا بأس بأن يؤاجره بأكثر ولا يتصدق بشيء.

قال أبو جعفر: روي عن الحسن، وعطاء أنه لا بأس بالفضل.

وقال إبراهيم: الفضل للمؤاجر[1].

قال أبو جعفر: قول إبراهيم مخالف لقول سائر أهل العلم، فإن احتج من يتصدق بالفضل (بنهيه ﷺ: عن ربح ما لم يضمن)[2].

قال أبو جعفر: (وقد روي أيضاً عن ربح ما لم يقبض)، وقد جعل الجميع هذه المنافع في حكم المقبوض، في باب جواز الإجارة عليها بعد القبض كالأعيان. / [٢٣٢]

وأيضاً قد قالوا: إنه لا يتصدق بالفضل إذا أعان بشيء من جهته، قل أو كثر.

وقد خالفهم الحسن بن حيّ في ذلك، فجعله لا يتصدق بحصة ما أعان به إذا قسمت الأجرة على منافع الدار، وعلى منافع ما أعان به ويتصدق بما يفضل بعد ذلك، ولم يجعل القليل كالكثير.

فإن قيل: هذا بمنزلة من اشترى خاتماً بدرهمين فضة، وفيه فص بدانق، ودرهم فضة.

---

(١) أي عليه: أن يردها إلى صاحبها، وهو المستأجر الثاني. انظر: مصنف عبد الرزاق، ٨/ ٢٢٢، ٢٢٣؛ المحلى، ٨/ ١٩٧.

(٢) أخرجه أصحاب السنن من حديث عمرو بن شعيب.. بلفظ: (لا يحل بيع وسلف، ولا ربح ما لم يضمن..)، أبو داود، في البيوع، في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣٥٠٤)؛ الترمذي (١٢٣٤)؛ النسائي، ٧/ ٢٨٨؛ ابن ماجه (٢١٨٨) وغيرهم.

قيل له: هذا غير مشبه لذلك؛ لأنا قد علمنا المساواة في الفضة ولم يوجب علينا ذلك في الأجرة الثانية مع الأولىٰ.

[١٨٢٤] إذا أجر مدة تتراخى عن العقد[١]:

قال ابن سماعة عن محمد في رجل قال: قد آجرتك عبدي غداً، بدرهم، فهو جائز، وله أن يبيعه قبل مجيء غدٍ، أيفسخ أو يهبه، وتنتقض الإجارة إن جاء غد وليس في ملكه. وإن رد عليه بعيب نقضا، أو رجع في الهبة قبل، قد رجعت الإجارة على حالها، وإن رجع إليه بملك، يستقبل بطلب الإجارة، ولم يذكر خلافاً.

وقال مالك: يجوز أن يستأجر لوقت مستقبل نحو أن يقول: استأجرته السنة القابلة، وهو قول الثوري.

وقال الشافعي: لا يجوز.

قال أبو جعفر: لا تقع الإجارات إلاَّ على وقت مستقبل، فلا فرق بين أن يكون ابتداء المدة من حين العقد، أو يتراخى عنه وقد جرت عادة الناس بالاستئجار للحج قبل الخروج، لا يمنع منه أحد.

[١٨٢٥] [إذا استأجر كل شهر بكذا][٢]:

قال أصحابنا: إذا استأجر داراً كل شهر بدرهم، ولكل واحد منهما أن يفسخ عند رأس الشهر، وإن لم يفسخ رأس الشهر حتى مضى من الشهر الثاني يوم أو يومان، فليس لواحد منهما أن يفسخ [في] بقية الشهر.

وقال: إذا اكترى حانوتاً، كل شهر بدرهم فللمستأجر أن يخرج متى شاء، إلاَّ أن يتكارى شهراً بعينه. وإن استأجر أرضاً كل سنة بمائة درهم، فلكل واحد

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٣١؛ المدونة، ٤/٥١٩.

(٢) انظر: المختصر، ص ١٣٠؛ المهذب، ١/٤٠٣.

منهما فسخ الإجارة قبل أن يزرع، فإن زرع فليس لواحد منهما أن يفسخ تلك السنة. [ولو][1] ترك ما بعدها إن شاء.

وقال الثوري: أكره أن يقول: استأجرته كل شهر بكذا، وهو كقوله: اشترى مثل هذا الجراب، كل ثوب بكذا، فلا يجوز حتى يسمي الثياب.

وقال الحسن بن حي: إذا استأجر كل شهر بكذا، أجاز الشهر الأول، وكانا بعده بالخيار كلاهما.

وقال الشافعي: إذا قال أكريتها كل سنة بدينار، ولم يسم أول السنين وآخرها، فهو فاسد.

قال أبو جعفر: لما لم توجب إجارة لازمة فيما بعد الشهر الأول وكان حكم الشهر الأول/ حكم ما بعده؛ لتساوي الشهور في دخولها تحت العقد، [٢٣٣] وجب أن لا يلزم الشهر الأول، وإذا لم يلزم العقد لم يلزم بالدخول فيه.

[١٨٢٦] في موت أحدهما[٢]:

قال أصحابنا: أيهما مات من المستأجر أو المؤاجر انتقضت الإجارة، وهو قول الثوري والليث.

وقال مالك، والشافعي: لا تنتقض، أيهما مات، مثل البيع.

وقال عثمان البتي: إن مات المستأجر وترك مالاً، فليس للورثة فسخها، ويؤدون الأجرة من الميراث، وإن لم يترك مالاً، فلهم أن يفسخوا، وإن شاؤوا أدوا الأجرة من مالهم، وكانوا أولىٰ من المؤاجر، وإن مات المؤاجر، فالإجارة بحالها، كبيع باعه، وهو قول عبيد الله بن الحسن.

قال أبو جعفر: المنافع غير مملوكة بالعقد؛ لأنها غير موجودة، فإذا طرأت

---

(١) في الأصل (ولم)، وعدل لاستقامة العبارة.

(٢) انظر: المبسوط، ١٥/١٥٣؛ المزني، ص ١٢٦.

بعد الموت في ملك الوارث، فهي لهم، فلا يستحق بعقد الميت؛ لأن الميت لم يملك تلك المنافع؛ لأنها لم تحدث على ملكه، وإنما حدثت على ملك غيره، هذا إذا مات المؤاجر، فإن مات المستأجر، لم يصح لورثته ملك المنافع؛ لأنهم إنما يملكون ما كان الميت مالكاً له، ولا يرثونها ولا يملكونها بالعقد؛ لأنهم لم يعاقدوا.

[١٨٢٧] في إجارة البيت لما لا يحل[1]:

قال أبو حنيفة: لا بأس بأن يؤاجر بيتاً في السواد، ممن يتخذ فيه بيت نار أو كنيسة، أو يبيع فيه الخمر[2].

وقال أبو يوسف ومحمد: لا ينبغي أن يكريه لشيء من هذا، وهو قول مالك، والليث والشافعي.

وقال الثوري: لا بأس بأن يبيع العصير لمن يتخذه خمراً، وكرهه الحسن بن حي.

وقال الأوزاعي: إذا أخذه من مسلم لبيع الخمر، أو يجعل فيه حوايى[3] لم يستحق الكراء، وإن كان ذمياً ردّ إلى بعض أساقفتهم.

قال أبو جعفر: لا خلاف في جواز عقد الإجارة ممن يتعاطى الفسوق والفساد، وإتيان الأشياء المحرمة، وإن تحريم هذه الأشياء لا يمنع جواز الإجارة، فمن يعلم أن بيته لا يخلو من مثل ذلك، فإن كان ذلك جائزاً في

---

(١) انظر: المبسوط، ١٦/٣٨؛ المدونة، ٤/٤٢٤.

(٢) «وكان أبو القاسم الصفار رحمه الله يقول: هذا الجواب في سواد الكوفة: فإن عامة من يسكنها من اليهود والروافض لعنهم الله، فأما في ديارنا يمنعون من إحداث ذلك في السواد، كما يمنعون في المصر؛ لأن عامة من يسكن القرىٰ في ديارنا مسلمون» المبسوط، ١٥/١٣٤.

(٣) «الحوى كغنِيّ: الحوض الصغير» كما في القاموس (حوا).

المسلم الذي لا يقار على ذلك، فجوازه في الذمي [الذي] يقر على ذلك أحرىٰ، وذلك في السواد، فإذا كان غير ممنوع من ذلك في بيته، الذي يكرهه أبو حنيفة؛ وذلك لأن البائع والمشتري ممنوعان، من ذلك للضرر الذي في ذلك على المسلمين، وقد يمنع المسلم مما هو أيسر من ذلك، وهو بيع الدراهم الرديئة، ولا يمنع الذمي من بيع الخمر والخنزير؛ لأنا قد أعطيناهم العهد على ذلك.

[١٨٢٨] / في استئجار الدار على أن يتخذها مسجداً: [٢٣٤]

قال أصحابنا: لا يجوز أن يستأجر المسلم من المسلم بيتاً يصلي فيه فرضاً ولا نفلاً، ولا أجرة له فيه.

وقال مالك: يجوز أن يستأجر داراً على أن يتخذها مسجداً عشر سنين، فإذا انقضت السنون العشر، رجعت الدار إلى صاحبها.

قال أبو جعفر: قد بيّنا بطلان الإجارة على الصلاة، والاستئجار على ذلك غير جائز،

فإن قيل: إنما يستحق الأجر في هذا بالتسليم، لا بالصلاة، فينبغي أن يجوز.

قيل له: ليس سكوته[١] عن فعل الصلاة فيه كذكره[٢]، ألاَّ ترىٰ أنه لو استأجر بيتاً، كان له سكناه، كما يسكن الناس، ولا يقعد فيه حداد ولا قصار، ولو شرط ذلك ثبت شرطه.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٦/٣٨؛ المدونة، ٤/٤٢٣.

(٢) في الأصل (سكونه. . . لذكره).

[١٨٢٩] من استأجر داراً شهراً ولم يذكر شهراً بعينه[١]:

قال أصحابنا: هو جائز، وهو شهر عقيب العقد، وهو قول مالك.

وقال الشافعي: لا يجوز حتى يقول الشهر الذي عقيب عقد الإجارة.

قال أبو جعفر: قال الله تعالىٰ: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص/ ٢٧] ولم يقل حججاً تالية للعقد، وقال عز وجل: ﴿تَمَتَّعُواْ فِي دَارِكُمۡ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٖ﴾ [هود/ ٦٥] وكانت تالية للقول، وقال: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤۡلُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ تَرَبُّصُ أَرۡبَعَةِ أَشۡهُرٖ﴾ [البقرة/ ٢٢٦]: فكانت المدة من وقت القول.

وقال ﷺ: (من اشترىٰ شاة مصراة، فهو بالخيار ثلاثاً)[٢].

[١٨٣٠] في استئجار الحائط لحمل الخشب عليه[٣]:

قال أصحابنا: لا يجوز استئجار حائط يضع عليه جذعة، أو يبنى عليه سدة[٤].

وقال مالك: لا بأس بذلك إذا سمى المدة والأجرة.

وقال [أبو جعفر][٥]: لا يختلفون في جواز استئجار السطح للنوم عليه، وإذا جاز ذلك، جاز استئجار الحائط لوضع الخشب.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٥/ ١٣١؛ المدونة، ٤/ ٥١٩؛ الأم، ٤/ ٢١.

(٢) الحديث أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/ ١٨؛ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، ومسلم، في البيوع، حكم بيع المصراة (١٥٢٤)، وسائر أصحاب السنن.

(٣) انظر: المبسوط، ١٦/ ٤٣؛ المدونة، ٤/ ٤٣١.

(٤) السدة: الباب أو الظلة فوقه، والمقصود هو الأخير: كما قال الحلواني ــ في قولهم (استأجر حائطاً ليبني عليه سترة) ــ «أراد بها الظلة، وهي شيء خفيف لا يمكن الحمل عليها» المغرب: (ستر، سدد).

(٥) في الأصل (أبو حنيفة).

[١٨٣١] في الاستئجار على [كتابة][1] المصحف ونحوه[2]:

قال أصحابنا: لا بأس بالاستئجار على كتابة المصحف والفقه وسائر العلوم، ولو استأجره فكتب له نحواً، أو شعراً، لزمه ذلك.

وقال مالك: لا بأس بالاستئجار على كتابة المصحف.

وقال ابن القاسم: وليس يعجبني الشعر والنحو، لأن مالكاً كره أن يباع كتب الفقه، وكتب الشعر أحرىٰ.

وعند الشافعي: يجوز الاستئجار على ذلك.

قال أبو جعفر: الأجرة إنما يصح أن يستحق بدلاً من عمل، من جهة الأجير، أو من شيء يفعله المستأجر بما استأجر، نحو: ركوب الدواب، ولبس الثياب، والقراءة فعل للقارىء، لا فعل لغيره فيها، / وإنما هو تأمله لما في [٢٣٥] الكتاب، فهو كمن استأجر النظر إلى داره ليتأمل بناءها، ليكون متعلماً لصنعه مثله، وذلك غير جائز.

[١٨٣٢] في الإجارة الفاسدة[3]:

قال أصحابنا: إذا سلّمها إلى المستأجر ولم يستعملها، فلا أجر عليه، إذا كانت الإجارة فاسدة.

وقال مالك، والشافعي: عليه أجرة المثل.

قال أبو جعفر: في الإجارة الصحيحة يستحق ملك المنافع عند حدوثها، فإذا طرأت في يده استحق عليه الأجر، وإذا سلم استحق أيضاً، كالمبيع، وأما الإجارة الفاسدة فلم توجب استحقاق المنافع عند حدوثها، فلا يستحق عليه الأجر بالتسليم دون حصولها له.

---

(١) في الأصل (كتب) والمثبت من سياق المسألة.

(٢) انظر: المبسوط، ١٦/ ٤٢؛ المدونة، ٤/ ٤٢٠.

(٣) انظر: المبسوط، ١٥/ ١٥١، ١٦/ ٣٥؛ الأم، ٤/ ١٨؛ المدونة، ٤/ ٤٧٢.

وقال أصحابنا: في الإجارة الفاسدة إذا استوفى المنافع استحق الأقل من المسمى، ومن أجر المثل.

وقال مالك، وزفر، والشافعي: له أجر المثل بالغاً ما بلغ.

وحكى هشام عن محمد في رجل قال لرجل: بع هذا الثوب بعشرة فما زاد هو بيني وبينك، فباعه بعشرة، فله أجر مثله، لا يجاوز به درهماً في قول أبـي يوسف، وإن لم يبعه فلا أجر له.

وقال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ، باع أو لم يبع.

[١٨٣٣] في العيب في الشيء المستأجر[١]:

قال أصحابنا: كل مرمة يضر بالسكنى تَرْكُها، فهي على رب الدار، فإن فعله والمستأجر، لم يمنع منه، ولا يحتسب من الأجر.

وقال مالك: مثل قولنا، في الدار إذا انهدمت وليس على رب الدار أن يبنيها، وللمستأجر الخيار، وقال في الأرض يكريها ثلاث سنين، فزرع فيها ما غورت عينها، وأبـى رب الأرض أن ينفق عليها، فللمستأجر أن يعمل في العين، بِكرىٰ سنة، وليس له أن يعمل فيها بأكثر من كراء سنة واحدة.

[١٨٣٤] فيمن استأجر شيئين صفقة واحدة[٢]:

قال أصحابنا: يجوز أن يستأجر داراً سنة، الشهر الأول منها بمائة درهم، وبقية السنة بعشرة.

وقال مالك: هذا فاسد.

وقال الربيع عن الشافعي: إذا تكارى الرجل الأرض عشر سنين لم يجز [حتى] يسمي لكل سنة شيئاً معلوماً.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٥/١٤٤؛ المدونة، ٤/٥٠٩، ٥٢٧.

(٢) انظر: المختصر، ص ١٣١؛ المبسوط، ١٦/٣١؛ الأم، ٤/٢١؛ المدونة، ٤/٥٢٩.

قال أبو جعفر: وقد اختلفوا في البيع على مثل ذلك.

فقال أصحابنا: يجوز أن يشتري ثياباً أو عبيداً صفقة واحدة، ويسمي لكل واحد شيئاً معلوماً من الثمن، فيكون ذلك ثمنه، وهو قول الشافعي.

وقال مالك: يقسم الثمن على قيمة الثياب والعبيد، ولا يلتفت إلى ما سمي لكل ثوب / من الثمن. [٢٣٦]

ولا خلاف أنه إذا اشترى ثياباً صفقة واحدة، ولم يسم لكل ثوب ثمناً، أنه جائز إذا كان الثمن كله حالاً، ويلزم الشافعي إذا جعل تسمية الثمن لكل واحد منهما صفقات مختلفة، أن لا يجيز الإجارة على هذا الوجه، لأنه لا يجيز عقد الإجارة في وقت بينه وبين عقد الإجارة مدة.

[١٨٣٥] في الإجارة من اثنين[١]:

قال أصحابنا: إذا [اكترى][٢] اثنان حانوتاً أحدهما قَصّار والآخر حدّاد، فإنهما يقتسمانه، ويعقد كل واحد فيما يقع له، فإن لم يحتمل القسمة تهايآ فيه على الأيّام[٣].

وقال مالك: أي [إن] لم يحتمل القسمة أكري [عليهما]: يعني يؤاجر من غيرهما، ويكون الأجر بينهما، وكذلك يقول في المالكين لما لا يحتمل القسمة أنه يباع عليهما.

ولم نجد هذا القول عن أحد من أهل العلم غيره.

آخر كتاب الإجارات

● ● ●

(١) انظر: المبسوط، ١٥/١٤٤، ١٤٥؛ المدونة، ٤/٥٠٩.
(٢) في الأصل (أكرى).
(٣) ما ذكره المؤلف هو قول الصاحبين، وأما في قول أبي حنيفة «فالشيوع فيما يحتمل وما لا يحتمل القسمة سواء عنده في فساد الإجارة» المبسوط.

كتاب الهبة[1]

[١٨٣٦] في قبض الهبة[2]:

قال أصحابنا: لا يصح إلاَّ مقبوضة، وهو قول ابن شبرمة، والثوري والحسن بن حيّ، والشافعي.

وقال مالك: إذا لم يرد بها ثواباً ثم مات المُعْطَىٰ قبل القبض، فورثته بمنزلته، وإن مات المعطي قبل القبض، فلا شيء للمعطَىٰ، وإن مات المعطي فادعىٰ المعطىٰ القبض، وأقام بينة على إقرار المعطي بالهبة والقبض، لم يجز حتى يشهدوا على معاينة القبض.

وقال عثمان البتي: في القبض بين المرأة وزوجها إن كانت امرأة مقبوضة إلى زوجها، فلا قبض بينهما، وإن كانت محتجبة لمالها دونه، فعلى كل واحد منهما فيما يعطيه صاحبه القبض.

قال: وكل [ما][3] أعطي عنوة، فلا يستطاع فيه القبض، فقبضه الإشهاد، لو كان له على رجل دين، فأشهد له أنه قد أعطاه إياه، فهو جائز، وإن كان مال حال دونه سلطان، فأشهد له عليه، فهو جائز حتى يكون بمنزلة من يستطيع قبضه

---

(١) الهِبَة ــ بكسر الهاء وفتح الباء ــ لغة: التبرع. وشرعا: «تمليك عين بلا عوض». التوقيف، ص ٧٣٧؛ المصباح، (وهب).

(٢) انظر: المختصر، ص ١٣٩؛ المبسوط، ١٢/ ٤٨؛ المدونة، ٦/ ١٢٥؛ الكافي، ص ٥٢٨؛ المهذب، ١/ ٤٥٤.

(٣) في الأصل: (وكل واعطي).

فيفرط. وإن كان مالاً غائباً عن المعطي، فأشهد له عليه، فهو جائز، إلاَّ أن يكون قدر على قبضه ففرط، فيكون بمنزلة عطاء لم يقبض.

وقال الأوزاعي: فيمن يصدق بصدقة على رجل، وهي في يده، فإن شاء رجع فيها ما لم يخرجها من ماله، لا يجبره السلطان على إمضائها، إلاَّ أنه يقع عليه قول رسول الله ﷺ: (الذي رجع في صدقته مثل الكلب يرجع في قيئه فيأكله)[1]. وإن تصدق على رجل / بصدقة، ثم مات قبل أن يمضيها، كانت في ثلثه. [٢٣٧]

وقال: في الرجل يهدي للرجل، فيموت المهدى له قبل أن يصل إليه، قال: يرجع إلى صاحبها، وإن مات الذي أهداها قبل أن يصل إلى صاحبها، فإنها تنفذ؛ لأنها قد خرجت من مال هذا الميت.

وقال الليث: إذا تصدق[2] رجل لعبد له غائب، فالإشهاد عليه حيازة، وإذا تصدق على ابنه الكبير، لم يجز حتى يجوزه.

قال أبو جعفر: روى ابن شهاب، عن عروة بن الزبير، عن عائشة أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جداد عشرين وسقا من ماله [بالغابة][3]: فلما حضرته الوفاة، قال: والله يا بنية ما أحد من الناس أحب إليَّ غنى بعدي منك، ولا أعز علي فقراً بعدي منك، وإني كنت نحلتكِ [جادّ][4] عشرين وسقاً، فلو كنت جددتيه واحتزتيه، كان لك، وإنما هو اليوم من مال الوارث، وإنما هما أخواكِ، وأختاكِ، فاقتسموا على كتاب الله)[5] فدل على أنها لا تصح إلاَّ بحوزة مقبوضة.

---

(١) أخرجه الشيخان من حديث ابن عباس رضي الله عنهما نحوه: البخاري، في الهبة، هبة الرجل لامرأته. . . (٢٥٨٩)؛ ومسلم، في الهبات، تحريم الرجوع في الصدقة والهبة. . . (١٦٢٢)؛ وسائر أصحاب السنن.

(٢) في الأصل كانت العبارة: (إذا تصدق علىٰ رجل. . .).

(٣) في الأصل: (العالية) والمثبت من الموطأ.

(٤) زيد من الموطأ، وفي المصنف (جداد).

(٥) أخرجه مالك في الموطأ، ٢/ ٧٥٢؛ مصنف عبد الرزاق، ٩/ ١٠١.

وروى ابن شهاب عن عروة عن عبد الرحمن بن عبدٍ القاري أن عمر رضي الله عنه قال: ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلاً ثم يمسكونها، فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي لم أعطه أحداً، وإن مات هو قال: فهو لابني، قد كنت أعطيته إياه، من نحل نحلة لم يحزها الذي نحلها حتى يكون إن مات لورثته [فهي] باطل)[1].

[١٨٣٧] في هبة المشاع[2]:

قال أصحابنا: لا تجوز فيما يقسم، وجائزة فيما لا يقسم، وهو قول الثوري، والحسن بن حي.

وقال مالك، والشافعي: تجوز في الوجهين، كالبيع.

وقال أبو جعفر: قول أبـي بكر رضي الله عنه لو كنت جددتيه واحتزتيه، يوجب أن لا يكون إلاَّ محوزاً.

[١٨٣٨] في هبة نصيبه من الدار لشريكه[3]:

قال أصحابنا: لا تجوز، وهو قول ابن أبـي ليلىٰ رواية، وقد روي عنه أنها جائزة، وقال مالك: هو جائزة.

وقال الحسن بن حيّ: إذا وهبه لشريكه أو لجماعة سردابه، جاز وإن لم يقسم، وإن وهب لبعضهم دون بعض، لم يجز حتى يقسم.

---

(١) أخرجه البيهقي بلفظه في السنن الكبرىٰ، ٦/ ١٧٠؛ وأخرجه عبد الرزاق وتكملته (... لا نحل إلاَّ لمن حازه وقبضه عن أبيه...).

(٢) مشاع، وشائع: أي حصة من شيء غير مقسوم. انظر: المختار (شيع)، لغة الفقهاء. انظر: المبسوط،١٢/ ٦٤، ٦٥؛ الكافي، ٥٢٩؛ المهذب، ١/ ٤٥٣.

(٣) انظر: المبسوط، ١٢/ ٦٦.

[١٨٣٩] في هبة الواحد لاثنين[1]:

قال أبو حنيفة، وابن شبرمة، وزفر: إذا وهب داراً لرجلين، أو تصدق بها عليهما، غير مقسومة لم تجز.

وقال أبو يوسف ومحمد: هي جائزة، وهذا قول مالك، وابن أبي ليلىٰ، والحسن بن حي، والشافعي، والثوري.

وقال أبو يوسف: إن وهبها لهما معاً، لأحدهما الثلث، والآخر الثلثان، لم تجز. / [٢٣٨]

وقال محمد: هي جائزة، وهو قول الحسن بن حيّ.

وقال أبو حنيفة: إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم، جازت، وإن تصدق على غنيين لم تجز، وإن وهبها لمسكين على وجه الصدقة، فهي جائزة.

[١٨٤٠] في الهبة لابنه الصغير[2]:

قال أصحابنا: إذا وهب لابنه الصغير عبداً، جاز، ويكون قابضاً له، وهو قول الثوري، وابن حي، والشافعي، وكذلك كل من كان الصغير في حجره.

وقال مالك: إذا نحل ابنه الصغير نحلاً يعرف بعينه وأشهد عليه، فهو له، وإن تصدق على ابنه بمال عين، وهو صغير، حاز له وأشهد عليه، فلا يجوز، وهو مردود إلاَّ أن يتصدق عليه، بما يشهد عليه من عبد بعينه، أو دار أو دابة أو بشيء يعرف بعينه، ويشهد عليه فيحوز له أبوه.

قال أبو جعفر: (روى مالك عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال: من نحل ولداً له صغيراً لم يبلغ، أن يحوز نحله، فأعلن

(١) انظر: المبسوط، ١٢/ ٦٧؛ المدونة، ٦/ ١٣٠.
(٢) انظر: المبسوط، ١٢/ ٦١؛ الكافي، ص ٥٣٠، ٥٣٤؛ الإشراف، ١/ ٣٩٠.

ذلك له، وأشهد عليها، فهي جائزة وإن وليها أبوه)[1].

وقال مالك: إذا نحله وهو صغير [ذهباً][2] أو ورِقاً، ثم أشهد عليها ثم هلك الأب، فليس للابن منها شيء إلاَّ أن يكون عزلها له بعينها، أو دفعها إلى رجل وضعها لابنه عند ذلك الرجل، فإن فعل [ذلك، فهو جائز للابن][3] وإن كان النحل عبداً أو داراً أو شيئاً معلوماً بعينه، ثم أشهد عليه، ثم هلك الأب، فهي يلي ابنه، فإن ذلك جائز لابنه.

قال أبو جعفر: لم يفرق عثمان رضي الله عنه بين الدراهم والدنانير وبين سائر الأشياء.

وفي القياس: أن لا فرق بينهما فيما تصح به الهبة.

[١٨٤١] في هبته لابنه وهو مريض ثم يصح:

قال الليث: إذا وهب لابنه في مرضه غلاماً، والابن صغير ثم صح من مرضه، فجدد ذكره بإعطائه إياه ذلك العبد، فقد صار له بالصحة والشهادة، وإن لم يجدد ذلك له في الصحة، بطل وصار بين الورثة.

قال أبو جعفر: ولم نجد ذلك عن أحد غيره، وسائر أهل العلم يقولون: إن ذلك بمنزلة هبته له في صحته، ولا يختلفون أنه من أعتق عبده في مرضه ثم برأ إن ذلك من جميع المال.

[١٨٤٢] في هبة الدين لمن هو[4]؟

قال أصحابنا: إذا أبرأ الطالب الكفيل من المال، فأبى أن يقبل، فهو

---

(١) الموطأ، ٢/ ٧٧١.

(٢) في الأصل: (درهماً) والمثبت من الموطأ.

(٣) في الأصل: (فإن فعل جاز الابن) والمثبت من الموطأ، ٢/ ٧٧١.

(٤) انظر: المبسوط، ١٢/ ٧٠؛ المدونة، ٦/ ١٢٦.

بريء، ولا يشبه الهبة. ولو أبرأ الذي عليه الأصل، فأبى أن يقبل، يطلب هبته إياه، وبرىء / ما لم يرد، فإذا ردّ البراءة الهبة عاد المال. [٢٣٨]

وقال زفر: في رجل تزوّج امرأة على ألف درهم، ثم وهبتها له، ثم بدا لها أن ترجع فيها، فلها ذلك ما لم يقل قد قبلت، ولا تتم الهبة إلاَّ بقبوله، وهو قول مالك.

وقال الشافعي: البراءة جائزة، ولم يذكر قبولاً.

قال أبو جعفر: لما قالوا جميعاً إذا ردّ صاحب الأصل الهبة والبراءة بطلتا، دل على أنهما ليستا كالعتق والطلاق اللذين لا يحتاجان إلى قبول، وأنهما لا يصحان إلا [بالقبول][١] كما قال زفر.

[١٨٤٣] في تخصيص بعض الولد بالهبة[٢]:

ذكر المعلى بن منصور عن أبي يوسف: لا بأس بأن يؤثر الرجل بعض ولده على بعض، إذا لم يرد الإضرار، وينبغي أن يسوي بينهم إذا كان يريد [العدل][٣]: فإن كانوا ذكوراً وإناثاً سوى بينهم في العطية، لقول النبي ﷺ: (أكل ولدك أعطيت مثل ما أعطيت هذا؟)[٤] قال معلى، وقال محمد: ويعطي الذكر مثل حظّ الأنثيين.

---

(١) في الأصل: (القول) والمثبت من سياق العبارة.

(٢) انظر: المختصر، ص ١٣٨؛ الكافي، ٥٣٠؛ المزني، ص ١٣٤.

(٣) في الأصل: (الإضرار) وعدلت لاستقامة العبارة، قال الطحاوي في المختصر: «وينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في العطايا، والعدل في ذلك في قول أبي يوسف التسوية بين ذكورهم وإناثهم».

(٤) تكملة الحديث: (... قال: لا، قال: فاردده) وفي رواية: (فارجعه). أخرجه الطحاوي في معاني الآثار وحديث النعمان بن بشير رضي الله عنه، ٤/٨٤، ٨٥؛ ومالك في الموطأ، ٢/٧٥١؛ والبخاري، في الهبة، الهبة للولد، (٢٥٨٦). ومسلم، في الهبات، كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، (١٦٢٣).

وقال مالك: إنما الحديث جاء فيمن [نحل] ولده ماله كله وقد نحل أبو بكر رضي الله عنه عائشة دون ولده[1].

وقال الثوري: لا بأس أن يخص الرجل بعض ولده بما شاء[2].

وقال الأوزاعي: له أن يخصه بالثلث لا أكثر.

وقال الشافعي: ترك التفضيل فيه حسن الأدب، ويجوز ذلك في الحكم، وله أن يرجع فيما وهبه لابنه، لقوله عليه الصلاة والسلام: أرجعه.

وروى سفيان عن ابن أبي نجيح قال: كان طاوس إذا سأله الرجل أفضل بين ولدي في النحل؟ قرأ هذه الآية: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ﴾ [المائدة/ ٥٠].

قال أبو جعفر: روى الزهري عن حميد بن عبد الرحمن، ومحمد بن [النعمان][3] عن النعمان بن بشير قال: (نحلني أبي غلاماً، فأتى النبي ﷺ فقال: إني نحلت ابني هذا غلاماً كان لي، فقال النبي ﷺ: أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ فقال: لا، فقال النبي ﷺ: فأرجعه)[4].

وهذا يدل على التسوية.

وروى داود بن أبي هند، عن الشعبي، عن النعمان بن بشير، قال: (نحلني أبي نَحْلاً وانطلق إلى النبي ﷺ ليشهده على ذلك، قال: أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ فقال لا. فقال: أيسرك أن يكونوا لك في البر كلهم سواء؟ قال: نعم، قال فأشهد على هذا غيري)[5].

---

(١) انظر: ما ورد في ذلك من الآثار: معاني الآثار، ٤/ ٨٨.

(٢) عنه روايتان: بالحواز وبعدمه، ويجمع بينهما: بالحواز مع الكراهة: انظر: المحلى، ٩/ ١٤٣؛ القرطبي. ٦/ ٢١٤؛ شرح السنة ٨/ ٢٩٧.

(٣) في الأصل: النعيم والمثبت من معاني الآثار.

(٤) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/ ٨٤، ٨٧؛ وسبق تخريجه في أول المسألة من الصحيحين.

(٥) ورواية معاني الآثار: (قال: انطلق بي أبي إلى النبي ﷺ ونحلني نحلى ليشهده على ذلك...)، ٤/ ٨٥.

فهذا يدل على صحة الهبة؛ لأنه لم يأمره بالارتجاع، وإنما أمره بتأكيدها بإشهاد غيره عليها، وإنما لم يشهد هو ﷺ لتقصيره عن أولىٰ الأشياء به. / [٢٤٠]

ورواه حصين، عن الشعبي، عن النعمان أنه قال: (أكل ولدك أعطيت مثل هذا؟ قال: لا، قال: فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم)[(١)] فلم يذكر فيه الارتجاع.

ورواه [مجالد][(٢)] عن الشعبي عن النعمان أن النبي ﷺ قال: (أكل ولدك أعطيته؟ قال: لا، قال: لا أشهد إلاَّ على حق).

وهذا ليس بمخالف لرواية داود، وحصين عن الشعبي، لاحتماله أن يكون أراد الحق الذي لا يقصر فيه عن أعلى مراتب الحق، وإن كان ما دونه حقاً.

وروى زهير بن معاوية، عن أبي الزبير، عن جابر: (أن بشير بن سعد أتى النبي ﷺ، فقال يا رسول الله: إن بنت فلان سألتني أن أنحل ابني غلاماً، وقالت: أشهد رسول الله ﷺ، فقال: «أله إخوة»؟ قال: نعم، قال: «أوكلهم أعطيته»؟ قال: لا، قال: «فإن هذا لا يصلح، فإني لا أشهد إلاَّ على حق»)[(٣)].

ففي حديث جابر أنه ذكر ذلك له قبل أن يهب، [فأمره][(٤)] النبي ﷺ بالأولىٰ، وحديث جابر أولىٰ؛ لأنه كان رجلاً، ـ وكان النعمان صغيراً ـ أحفظ وأثبت.

فثبت بذلك بطلان قول مالك والثوري، وصح مذهب أبي يوسف في التسوية؛ لأنه قال: ألك ولد غيره؟ ولم يذكر فرقاً بين الذكر والأنثى. وقال: (أكل ولدك أعطيت مثله؟)، وقال: (اتقوا الله وسوّوا بين أولادكم)، وقوله: (أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء)، يدل على التسوية أيضاً.

---

(١) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ٨٦؛ والبخاري، (٢٥٨٧).

(٢) في الأصل: (محالة) والصحيح المثبت، كما في رواية البيهقي في السنن، ٦/ ١٧٧؛ انظر: الخلاصة، ص ٣٦٩.

(٣) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/ ٨٧؛ ومسلم، (١٦٢٤).

(٤) في الأصل: (بياض) قدر كلمة.

وقد روى المغيرة عن الشعبي قال: سمعت النعمان يقول على منبري هذا سمعت رسول الله ﷺ يقول: (اعدلوا بين أولادكم كما تحبون أن يعدلوا بينكم في البِرّ)(١).

وروى أبو حيان، عن الشعبي، عن النعمان أن النبي ﷺ قال: (أكلهم وهبت له مثل الذي وهبت لابنك هذا؟ قال: لا، قال رسول الله ﷺ فلا تشهدني، قال: فإني لا أشهد على جور)(٢).

وإنما المعنى ترك الحق الذي هو أولىٰ الأشياء، كما يعطي الأجنبي دون ذوي الأرحام، فيكون تاركاً للأفضل، ويجوز عطيته، فإن قيل: قد أعطى أبو بكر رضي الله عنه عائشة دون سائر ولده.

قيل له: يجوز أن يكون بطيب من أنفسهم، وهذا يجوز عندنا.

فإن قيل: ذا بطن بنت خارجة، لم تكن مما يصح منها.

قيل له: يجوز أن تكون الهبة قبل أن يعلم أنها حامل.

[١٨٤٤] في هبة الميراث في مرض الموروث:

قال أصحابنا: إذا سأل الرجل امرأته أن تهب ميراثها لبعض ورثته في مرضه! فقالت: نعم / قد فعلت، ثم مات على ذلك، فهو جائز لابنه، ولها أن [٢٤١] ترجع فيه قبل موت زوجها.

ولو قال الزوج: اعطه! فإنه إذا أعطيته من شئت، فلم تحدث شيئاً حتى مات، فإنه يرجع إليها.

وقال مالك: إذا سأل رجل في مرضه بعض ورثته أن يهب له ميراثه،

---

(١) معاني الآثار، ٤/٨٦.

(٢) أخرجه مسلم، في الهبات، (١٦٢٣/١٤).

وأكثر هذه الروايات في الصحيحين وسائر السنن.

ففعل، ثم لم يقبض الميت فيه شيئاً، فإنه رد على الذي وهبه، وإن أنفذ من ذلك بعضه، وبقي بعضه، فما بقي فهو رد على الذي وهب[1].

[١٨٤٥] في العُمْرَىٰ[2]:

قال أصحابنا: إذا قال داري هذه لك عُمري حياتك، فاقبضها، فقبضها، فهذه هبة في حياته وبعد وفاته، وهو قول ابن شبرمة، والثوري، والحسن بن حي، والشافعي.

وقال عثمان البتي: إذا قال: هذه الدار لفلان حياته، فإذا مات فهو رد عليّ، فشرطه جائز.

وقال مالك: من أعمر رجلاً حياته ثم مات المُعمر، رجعت إلى الذي أعمرها، والناس عند شروطهم.

قال مالك: والعمرى والسكني شيء واحد، وهو قول الليث، وللمعمر أن يبيعه من الذي أعمره، ولا يبيعه من غيره.

وقال: إذا أسكنه حياته ثم أراد أن يكريها وينقد الكراء، فإنه يكريها قليلاً قليلاً.

وقال أصحابنا، وابن شبرمة، والثوري، والشافعي: السكنى عارية، والعمرى هبة[3].

قال أبو جعفر: روى عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة

---

(١) انظر: المدونة، ٦/ ١٢٠.

(٢) والعُمرىٰ: ــ بضم العين فسكون ففتح، نوع من الهبة، مأخوذة من العمر، كأن يقال: جعلت له سكنى الدار عمره. انظر: المصباح (عمر)؛ الدر النقي، ٣/ ٥٥٧.
انظر: المختصر، ص ١٣٩؛ المبسوط، ١٢/ ٩٤؛ المدونة، ٦/ ٩١؛ الكافي، ص ٥٤١؛ المزني، ص ١٣٤.

(٣) ومن ثم قال الشافعي: . . . ويدفعها إليه فهي ملك للمعمر تورث عنه إن مات».

ابن عبد الرحمن، عن جابر قال: (إنما العُمْرَىٰ التي أجاز رسول الله ﷺ هي لك ولعقبك، فإذا قال: هي لك ما عشت، فإنها ترجع إلى صاحبها. وكان الزهري يفتي بذلك)[1].

قال أبو جعفر: تفرد عبد الرزاق بهذا الحديث على هذا اللفظ[2].

وقد رواه ابن المبارك، عن معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر: (أن رسول الله ﷺ قضى أنه من أعمر رجلاً عمرى، فهي للذي أعمرها ولورثته من بعده)[3].

وابن المبارك أثبت وأحفظ بحديث معمر، ويحتمل أن تكون الزيادة التي في حديث عبد الرزاق من كلام الزهري.

وقد روى قتادة، عن النضر بن أنس، عن بشير بن نهيك، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: (العُمْرىٰ جائزة)[4].

فقال الزهري لعبادة بحضرة سليمان بن هشام بن عبد الملك: إنها لا تكون عمرى حتى تجعل له ولعقبه، فقال لعطاء ما تقول؟ فقال: حدثني جابر أن رسول الله ﷺ قال: (العمرى جائزة)[5].

ولم يحاجه الزهري بما في حديث عبد الرزاق عن جابر. / فدل أنه من [٢٤٢] كلام الزهري.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، ٩/ ١٩٠؛ بلفظ: (أن يقول: هي لك ولعقبك).

(٢) وأخرجه مسلم في صحيحه بهذا اللفظ عن ابن راهويه عن عبد الرزاق، في الهبات، العمرى، (١٦٢٥/٢٣).

(٣) أخرج الطحاوي نحوه من الأحاديث بغير هذا السند، ٤/٩٢، ٩٣؛ وكذا مسلم في صحيحه، (١٦٢٥).

(٤) أخرجه الطحاوية في معاني الآثار، ٤/ ٩٢؛ وأخرجه البخاري في الهبة، ما قيل في العمرى والرقبىٰ، (٢٦٢٦)؛ ومسلم في الهبات، (١٦٢٦).

(٥) أخرجه الطحاوي بلفظ: (العمرى ميراث)؛ البخاري، (٢٦٢٦).

وقد روى هشام الدستوائي، عن أبي الزبير، عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: (من أعمر عمرى حياته، فهي له في حياته، ولورثته من بعد موته)[1].

وروى سفيان، عن أبي الزبير، عن جابر، عن النبي ﷺ: (أمسكوا عليكم أموالكم، لا تعمروها أحداً، فمن أعمر شيئاً، فهو له)[2].

وابن جريج، عن أبي الزبير، عن جابر، عن النبي ﷺ قال: (من أعمر شيئاً فهو له حياته ومماته)[3].

ورواه سليمان بن يسار، عن جابر، عن النبي ﷺ قال: (العمرى لمن وهبت له)[4].

فإن قيل: روى مالك، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر، عن النبي ﷺ قال: (أيما رجل أعمر عمرىٰ له ولعقبه، فإنها للذي يعطاها، لا ترجع إلى الذي أعطاها؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث)[5].

قيل له: هذه الزيادة من كلام أبي سلمة: عن جابر، عن النبي ﷺ: (أنه قضى فيمن أعمر عمرىٰ [فهي له ولعقبه بته، لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا ثنيا])[6].

---

(١) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/٩٣.

(٢) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/٩٢؛ بلفظ: (لا تعمروها فمن أعمر أحداً شيئاً...). والشطر الأول منه عند مسلم (١٦٢٥/٢٧).

(٣) وحديث جريج ورد في صحيح مسلم في قصة طويلة(١٦٢٥/٢٨) والمضمون هو هذا اللفظ.

(٤) أخرجه الطحاوي عن يحيى عن أبي سلمة عن جابر، ٤/٩٢؛ والبخاري بمثله (٢٦٢٥) ومسلم كذلك.. (١٦٢٥/١٧) وإنما ورد عن طريق سليمان بن يسار في الطحاوي ومسلم في قصة طويلة (أن طارقاً قضى بالعمرى للوارث) لحديث جابر.

(٥) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/٩٣؛ ومسلم (١٦٢٥).

(٦) في الأصل: (عمرى له والعقبة، فهي له نفله لا يجوز للمعطي فيه شرط). والمثبت من نص معاني الآثار، ٤/٩٤، بالسند نفسه.

قال أبو سلمة؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث، فقطعت المواريث شرطه.

وقد رواه الليث أيضاً عن ابن شهاب، عن أبي سلمة، عن جابر، عن النبي ﷺ: (من أعمر رجلاً عمرىٰ له ولعقبه، فقد قطع قوله حقه فيها، وهي لمن أعمرها ولعقبه)[1].

وعلى أنه لو صح حديث مالك والليث، منعه من [أن] يعود شرط لو فيما يوجب رجوعها إليه، فدل أن الشرط لا يعمل فيها، إذا لم يذكر فيها العقب، كما لا يعمل إذا ذكر فيها العقب.

وقد روى طاوس، عن حجر المدري، عن زيد بن ثابت، (أن النبي ﷺ قضىٰ العمرى للوارث)[2].

وقد روى محمد بن عمر، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: (لا عمرىٰ فمن أعمر شيئاً فهو له)[3].

وروى محمد بن إسحاق، عن عبد الله بن محمد بن عقيل، عن محمد بن الحنفية قال: قال لي معاوية: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (من أعمر عمرىٰ فهي له، يرثها من عقبه من يرثه)[4].

فإن احتجوا بما روى عبد العزيز بن أبي حازم، عن كثير بن زيد، عن الوليد بن رباح، عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: (المسلمون عند شروطهم)[5].

---

(١) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ٩٤؛ ومسلم (١٦٢٥).

(٢) في معاني الآثار بلفظ (العمرى ميراث)، ٤/ ٩١؛ وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه بمثله، ٩/ ١٨٦.

(٣) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ١٩٢.

(٤) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ٩١.

(٥) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ٩٠؛ وأبو داود، في الأقضية، باب في الصلح (٣٥٩٤)؛ والحاكم في المستدرك، ٢/ ٤٩. وغيرهم.

قيل له: الشروط المباحة، كما قال عليه الصلاة والسلام: (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)[1]. فما أباحه الرسول فهو من كتاب الله، قال الله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ﴾ [الحشر/٧]. وأما العمرى في المنافع، فهي عارية، فله أن يرجع فيها متى شاء[2].

[٢٤٣] / فإن قيل: فلو أوصىٰ بخدمة عبده لرجل أو بسكنى داز صح له ذلك بعد الموت.

قيل له: لأن سائر التمليكات التي لا إبدال فيها، لا يقع الملك فيها إلاَّ بالقبض، والوصية تصح بغير قبض.

[١٨٤٦] في الرقبىٰ[3]:

قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قال هذه الدار لك رقبىٰ فاقبضها، فقبضها على ذلك، فهي عارية.

وقال أبو يوسف: هي بمنزلة العمرى.

وذكر الحسن عن زفر: فيمن قال: قد أرقبتك داري هذه وقبضها على ذلك، فهي هبة.

وقال مالك: لا أعرف الرقبىٰ[4]، فسئل عن الرجلين بينهما عبد فيحبسانه،

---

(١) سبق تخريجه من حديث بريرة، في الصحيحين.

(٢) انظر: معاني الآثار، ٤/ ٩٠.

(٣) الرقبىٰ: مأخوذة من المراقبة، «لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه، لتبقى له» والرقبىٰ: هبة ترجع إلى المرقِب، إن مات المرقب، كأن يقول: «أرقبتك داري وجعلتها لك حياتك، فإن مت قبلي رجع إليّ، وإن مِتُ قبلك رجعت إليك ولعقبك». أنيس الفقهاء، ص ٢٥٧؛ انظر: المصباح (رقب)؛ الدر النقي، ٣/ ٥٥٧.
انظر: المختصر، ص ١٣٩؛ المبسوط، ١٢/ ٨٩؛ الكافي، ص ٥٤٢؛ المزني، ص ١٣٤.

(٤) وقال ابن عبد البر: «وليس عند مالك الرقبى بشيء» الكافي.

على أيهما مات، فنصيب الميت للحي حبس عليه إلى موت صاحبه؟ فقال: لا خير في هذا.

وقال الثوري: الرقبىٰ، أن يقول: هي لك، فإذا متَّ فهي لي.

وقال الشافعي: الرقبىٰ مثل العمرى.

قال أبو جعفر: فكان معنى الرقبىٰ عند أبـي حنيفة ومحمد: أن التمليك متعلق بالموت، إن مات المرْقِب صارت للمرقَب، وإن مات المرقَب فهي على ملك المرقِب، فصار مخاطرة.

وهي عند أبـي يوسف، والثوري، والشافعي: أن التمليك واقع في الحال، وفيه شرط الرجوع إليه إن مات قبله.

وقد روى ابن عيينة عن ابن جريج، عن عطاء، عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: (لا تعمروا ولا ترقبوا، فمن أعمر شيئاً أو أرقبه، فهو للوارث إذا مات)[1].

وروى وكيع عن يزيد بن زياد بن أبـي الجعد، عن حبيب بن أبـي ثابت، عن ابن عمر: (نهى رسول الله ﷺ عن الرقبىٰ، وقال: من أرقب شيئاً فهو له)[2].

وروىٰ داود، عن أبـي الزبير، عن جابر قال: قال النبي ﷺ: (العُمرىٰ جائزة لأهلها، والرُقبىٰ جائزة لأهلها)[3].

---

(١) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/ ٩٣؛ السنن الكبرى، ٦/ ١٧٥.

(٢) أخرج البيهقي نحوه عن زيد بن ثابت. السنن الكبرى، ٦/ ١٧٥؛ وكذلك عبد الرزاق عنه في المصنف، ٩/ ١٩٤.
وأخرج عبد الرزاق عن ابن عمر نحوه عن طريق عطاء عن حبيب، عنه(٩/ ١٩٦).

(٣) أخرجه البيهقي بلفظ (العمرىٰ جائزة لمن أعمرها، والرقبى جائزة لمن أرقبها)، السنن الكبرى، ٦/ ١٧٥.

فدل علىٰ أن الرقبىٰ ما دل عليه مذهب الثوري، وأبي يوسف، والشافعي.

[١٨٤٧] في الرجوع في الهبة[١]:

قال أصحابنا: إذا وهب لذي رحم محرم، لم يرجع. وإن وهب لامرأته لم يرجع، وكذلك المرأة لزوجها، وإن وهب لأجنبي رجع إن شاء، ما لم يثب منها، أو يريد في نفسه.

وذكر هشام، عن محمد، عن أبي حنيفة: إذا علّم الموهوب له المملوك القرآن، أو الحر، فله أن يرجع فيه.

وقال محمد: لا يرجع، قال محمد: وكذلك لو كان كافراً فأسلم أو كان عليه دين فأدى الموهوب له.

وقال الحسن عن زفر: إذا علّمها الموهوب له القرآن أو الكتابة، أو المشط، فحذقت في ذلك، فله أن يرجع فيها.

وقال أبو يوسف: لا يرجع.

[٢٤٤] وقال عثمان البتي: / في الرجل يعطي الرجل العطية، لا يبين له أنها عطية، جائزة، وليس له أن يرجع فيها.

وقال مالك: من نحل ولداً له نحلاً أو أعطاه عطاءً، ليس بصدقة فله أن يقبضها إن شاء ما لم يستحدث الوارث ديناً من أجل العطاء، فإذا صار عليه الديون لم يكن لأبيه أن يقبض من ذلك شيئاً، وكذلك إذا زوّج الفتاة بذلك، أو كانت جارية فزوجت لذلك، فليس للأب أن يقبض من ذلك شيئاً.

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٣٨، ١٣٩؛ المبسوط، ١٢/٤٩؛ وما بعدها؛ المدونة، ٦/١٤١؛ الموطأ، ٢/٧٥٣؛ الكافي، ص ٥٣١؛ المزني، ص ١٣٤.

قال مالك: الأمر المجمع عليه في بلدنا أن الهبة إذا تغيرت عند الموهوب له بالثواب بزيادة أو نقصان، فإن على الموهوب له أن يعطي الواهب قيمتها يوم قبضها.

وقال مالك: في الواهب يكون لورثته مثل ما كان له من الثواب إن اتبعوه.

وروى الثوري عن ابن أبي ليلىٰ قال: للواهب أن يرجع في هبته دون القاضي.

وعند أصحابنا: لا يرجع إلاَّ بقضاء، ويرد الموهوب له.

وقول الثوري كقول أصحابنا في جميع ذلك.

وقال الأوزاعي: لا يرجع فيما وهب لمولىٰ، ولا تابع له، ولا لذي رحم، ولا امرأة، ولا لسلطان لمن دونه، ويرجع فيما سوى ذلك. فإن كانت الهبة قد تمت فزادت عند صاحبها، فقيمتها يوم وهبها، وترجع المرأة فيما [وهبت] لزوجها.

وقال الحسن بن حيّ: إذا لم يرد بالهبة ثواب الدنيا، لم يرجع إذا قبض، ولا يرجع فيما وهب لذي رحم محرم، وإن وهب لغير ذي رحم محرم يريد بها ثواب الدنيا، فله أن يرجع.

وقال الليث: إذا وهبه للوارث رجع فيها مثل قول مالك، ولا ترجع المرأة فيما وهبت لزوجها، إلاَّ أن يكون سألها أن تهب له، ثم طلقها مكانه، أو بعد ذلك بيوم أو نحوه، فإنه يردها؛ لأن ذلك منه خدعة.

وقال الشافعي: لا يرجع في الهبة إلاَّ الوالد فيما يهب لولده.

قال أبو جعفر: روى قتادة، عن سعيد بن المسيب، عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ قال: (العائد في هبته كالعائد في قيئه).

وروى ابن طاوس، عن أبيه، عن ابن عباس أن النبي ﷺ [قال]: (العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود فيه).

وروى ابن المبارك، عن خالد، عن عكرمة، عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: (ليس لنا المثل السوء: الراجع في هبته كالكلب يعود في قيئه)[1].

وروى عوف، عن خلاس بن عمرو، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: (مثل الذي يعود في عطائه كمثل الكلب، أكل حتى إذا شبع، قاء ثم عاد في قيئه فأكله)[2].

[٢٤٥] فثبت أن المراد بالحديث الأول الكلب، وليس / ذلك من طريق التحريم.

وقد روى عمرو بن شعيب، عن طاوس، عن ابن عمر، وابن عباس [رضي الله عنهم] قالا: قال رسول الله ﷺ: (لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلاَّ الوالد لولده)[3].

وروى ابن جريج، عن الحسن بن مسلم، عن طاوس أن رسول الله ﷺ قال: (لا يحل لأحد أن يهب هبة، يعود فيها إلاَّ الوالد)[4]. فجعله الحسن بن مسلم مرسلاً.

وقد روى حنظلة بن أبي سفيان، عن سالم، عن ابن عمر، أن عمر رضي الله عنهما قال: (من وهب هبة، فهو أحق بها، حتى يثاب منها بما يرضىٰ)[5].

ولو كان عند ابن عمر عن النبي ﷺ [علم] في هذا الحديث لما استجاز

---

(١) أخرجها الطحاوي في معاني الآثار، ٤/٧٧، ٧٨؛ وسبق تخريجها قريباً: البخاري، (٢٥٨٩)، مسلم (١٦٢٢).
(٢) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/٧٨.
(٣) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/٧٩.
(٤) أخرجه البيهقي مرسلاً، وقال: «وقد روى موصولاً» كما سبق في رواية الطحاوي. السنن الكبرى، ٦/١٧٩.
(٥) معاني الآثار، ٤/٨١.

الرواية عن عمر بخلافه، ولأخبر بما عنده ليرجع إليه كما رجع إلى ما حدثه به الضحاك بن سفيان في توريث المرأة من دية زوجها[1].

وأما حديث النعمان بن بشير أن النبي ﷺ قال لأبيه: (أرجعه) فقد بيّنا وجهه فيما تقدم، وأنه لم يكن معترضاً.

وقال علي وعمر رضي الله عنهما وفضالة بن عبيد: (الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها إلاّ في ذي رَحِم مَحْرم)[2].

وروى معاوية بن صالح، عن راشد بن سعد، عن أبي الدرداء قال: (المواهب ثلاثة: رجل وهب من غير أن يستوهب، فهي كسبيل الصدقة فلا يرجع في صدقته. ورجل استوهب فوهب، فله الثواب، [فإن قبل على موهبته ثواباً، فليس له إلاّ ذلك]. وله أن يرجع [في هبته] ما لم يثب، ورجل وهب واشترط الثواب، فهو دين على صاحبها في حياته وبعد موته)[3].

ففرق أبو الدرداء بين الواهب على ما ذكرنا، ولم يفرق عليّ وعمر وفضالة رضي الله عنهم بين شيء من ذلك إلاّ في الثواب.

وقول أبي الدرداء في شرط الثواب أنه دين. يدل على قول زفر: إن الهبة على عوض كالبيع.

آخر كتاب الهبة

(١) الحديث أخرجه أبو داود، والترمذي في الفرائض، باب في المرأة ترث من دية زوجها، أبو داود (٢٩٢٧)، والترمذي (٢١١٠)، وقال: (حسن صحيح)، ومالك الموطأ، ٢/٨٦٦.

(٢) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ولم يرد في رواية عليّ وفضالة رضي الله عنهما الاستثناء بذي رحم محرم.
وإنما ورد ذلك في رواية عمر رضي الله عنه. ورواها الطحاوي مفصلاً.
انظر: ٤/ ٨١، ٨٢.

(٣) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/٨٢؛ وما بين المعقوفتين زيدت من المعاني، لسقوطها في الأصل.

كتاب الصَّدقة

[١٨٤٨] الموقوفة في الوقف[١]:

قال أبو حنيفة وزفر: لا يخرج عن ملكه بوقفه إياه، وهو ميراث بعد الموت إلاّ في الوصية بعد الموت.

وقال ابن أبي ليلىٰ، وأبو يوسف، ومحمد، ومالك، وعبيد الله بن الحسن، والشافعي، والأوزاعي: يصح، واختلفوا في شروطه:

فقال مالك، والحسن بن حيّ، ومحمد، والأوزاعي وابن أبي ليلىٰ: إن أخرجها من يده صح الوقف، وإلاّ لم يصح.

وقال أبو يوسف: يصح وإن لم يخرجها عن يده، وهو قول الليث/ [٢٤٦] والشافعي.

قال مالك: إن أوقفها في الصحة، لم يصح حتى يخرجها عن يده، وإن أوقفها في [المرض][٢]. صحّ من الثلث وإن لم يخرجها عن يده؛ لأنها وصية.

قال أبو جعفر: روى أبو عاصم، عن ابن عون، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنه [أن عمر][٣] أصاب أرضاً بخيبر، فقال للنبي ﷺ: إني أصبت

---

(١) انظر المختصر، ص ١٣٦، ١٣٧؛ المبسوط، ١٢/٢٧، ٢٨؛ المزني، ص ١٣٣؛ الكافي، ٥٣٦؛ القوانين، ٤٠٠.

(٢) في الأصل: (الموضع).

(٣) ساقط من الأصل، وزيد من المعاني.

أرضاً لم أصب مالاً قط أحسن منه، فكيف تأمرني؟ قال: (إن شئت حبست أصلها لا يباع ولا يوهب).

قال أبو عاصم: أراه قال: (لا تورث)[(١)].

وروى ابن عيينة عن [عبيد الله][(٢)] بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر: (أن عمر ملك مائة سهم من خيبر، اشتراها، فاستجمعها، فقال: يا رسول الله إني أصبت مالاً لم أصب مثله قط، وقد أردت أن أتقرب به إلى الله تعالىٰ! فقال له: (احبس الأصل وسبّل الثمر)[(٣)].

قال أبو جعفر: حكى عيسى بن أبان، أن أبا يوسف لما قدم بغداد فحدث بحديث ابن [عون] عن نافع الذي ذكرنا، فلم يعرفه وقال: كيف لنا بمن يحدثنا بهذا عن ابن عون! فحدثه إسماعيل بن إبراهيم بن علية، فقال: هذا لا يسع أحدٌ خلافه، ولو تناهى هذا إلى أبـي حنيفة لقال به ولما خالفه.

فمنع حينئذ من بيعها وتابعه الناس على ذلك، حتى صار كما لا مخالف له فيه.

قال أبو جعفر: قول شريح: جاء محمد عليه الصلاة والسلام [بمنع] الحبس[(٤)]. يحتمل وجهين: أحدهما: حبس الجاهلية من السائبة والوصيلة. والآخر: ما سمى لقوم يجوز انقراضهم، ولا يجعل آخره للفقراء والمساكين،

---

(١) أخرجه الطحاوي، في معاني الآثار، ٤/٩٥؛ والبخاري، في الشروط، الشروط في الوقف، (٢٧٣٧)؛ ومسلم، في الوصية، باب الوقف، (١٦٣٢)؛ وسائر أصحاب السنن.

(٢) في الأصل: (عبد الله)، والمثبت من الدارقطني.

(٣) أخرجه الدارقطني بسنده بمثله، ٤/١٩٣؛ مع اختلاف في بعض لفظه: (واشتراها حتى استجمعها).

(٤) أخرجه ابن أبـي شيبة في المصنف، ٦/٢٥١؛ والبيهقي في السنن الكبرىٰ بلفظ: (بمنع الحبس)، ٦/١٦٣؛ وفي هامش السنن، في نسخة (ببيع) كما كان هنا في المخطوطة.

والوجه الثاني تأوله محمد[1].

قال أبو جعفر: ولما لم يذكر النبي ﷺ لعمر إخراجها عن يده دلّ على جوازه غير مقبوض.

[١٨٤٩] في وقف المشاع[2]:

قال أبو يوسف، ومالك، والشافعي: يجوز وقف المشاع.

وقال محمد: لا يجوز.

قال أبو جعفر: وكان عمر رضي الله عنه ملك مائة سهم من خيبر، ثم أمره النبي ﷺ بحبسها.

فإن قيل: يجوز أن يكون كانت مقسومة.

قيل له: كانت سهام الصحابة كلها مشاعة، وإنما جعل النبي ﷺ كل سهم مائة رجل في ناحية، وقسم النصف على ثمانية عشر سهماً فكانت السهام مشاعة، ثم قسّمها عمر رضي الله عنه بعد ذلك في خلافته حتى حصل لكل واحد جزء مقسوم.

وروى حماد بن سلمة، عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر (أن رسول الله ﷺ أعطى خيبر / يهوداً، على أن لهم الشطر من نخل وزرع ما بدا [٢٤٧] لرسول الله ﷺ. وكان عبد الله بن رواحة يأتيهم في كل عام، فيخرصها عليها، ثم يضمنهم الشطر، فلما كان زمان عمر رضي الله عنه غالوا في المسلمين وغشوهم ورموا ابن عمر من فوق بيت، ففدعوا يديه، فقال عمر رضي الله عنه: من كان له سهم من خيبر فليحضر حتى نقسمها بينهم، فقال رئيس اليهود: لا تخرجنا ودعنا

---

(١) ذكر الطحاوي هذه تحت قول النبي ﷺ عن ابن عباس: (نهى عن الحبس). انظر بالتفصيل: معاني الآثار، ٤/٩٧، ٩٨.

(٢) انظر: المبسوط، ١٢/٣٦، ٣٧؛ الكافي، ص ٥٣٩.

نكون فيها كما أقرنا محمد رسول الله [ﷺ وأبو بكر رضي الله عنه]. فقال له عمر رضي الله عنه: أتراه سقط عني قول رسول الله ﷺ: «كيف بك إذا رقصت بك راحلتك نحو الشام يوماً ثم يوماً [ثم يوماً]» وقسمها عمر رضي الله عنه بين من كان شهد خيبر [من أهل] الحديبية)[1].

[١٨٥٠] في الوقف على من يجوز انقطاعه[2]:

روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف في إملائه في رجب سنة تسع وسبعين، كل وقف لا ينقطع على الأبد، فهو جائز.

وكل وقف ينقطع، فلا يجوز، وإن وقفها علىٰ مواليه ونسلهم.، فإن انقرضوا جاز؛ لأنه على قوم يعرف أعيانهم، وإن لم يقل ونسلهم، لم يجز؛ لأنه سمى قوماً بأعيانهم، فإن قال: ونسلهم، فإن انقرضوا فهي للفقراء والمساكين، فهو أجود.

وأملى عليهم في سنة ثمانين إذا جعلها وقفاً على ولده فهو جائز، ما داموا أحياء ينفق عليهم من غلتها، فإذا انقرضوا رجعت إلى رب الوقف إنْ كان حيّاً، وإن كان ميتاً فإلى ورثته.

وإن قال: هي صدقة موقوفة ينفق منها على فلان، فقد أوجبها للمساكين بعد موت فلان مؤبدة.

وإذا قال: صدقة على فلان، فلم يجعلها صدقة علىٰ غيره.

---

(١) أخرجه مطولاً بسنده وبمثله البيهقي في السنن الكبرىٰ، ٩/١٣٧، ١٣٨؛ وذكر المؤلف هنا جزءاً مقتطعاً من الحديث الطويل، وأخرجه البخاري مختصراً، في الشروط، إذا اشترط في المزارعة، (٢٧٣٠)؛ والجزء الأول أخرجه مسلم، في المساقاة، (١٥٥١)؛ وحديث عبد الله بن رواحة في أبي داود، في البيوع باب المساقاة، (٣٤١٠).

(٢) انظر: المختصر، ص ١٣٧؛ المبسوط، ١٢/٤١؛ الكافي، ص ٥٣٧؛ المزني، ص ١٣٣.

وقال محمد: ينقطع فترجع إلى صاحبه، أو إلى الوقف، فذلك الحبس المنهي عنه، فلا يجوز.

وقال مالك: إذا أوقفه علىٰ ولده، فانقرضوا رجعت على أولىٰ الناس بالواقف.

وقال الليث: ترجع إلى الواقف إن كان حياً، وإن كان ميّتاً فإلى ورثته يوم مات.

وقال الشافعي: إذا قال: تصدقت بداري هذه على قوم، أو على رجل معروف حيّ يوم تصدق، أو قال: صدقة محرمة، أو قال موقوفة، أو مسبّلة، فقد خرجت عن ملكه، ولا تعود ميراثاً أبداً، ولا يجوز أن يخرجها [من ملكه][1] إلاَّ إلى مالك منفعة يوم يخرجها إليه، وإن لم يسبلّها على من بعدهم، كانت محرمة أبداً، فإذا انقرض المتصدق بها عليه كانت بحالها[2]، ورددناها على أقرب الناس بالذي تصدق بها يوم ترجع.

قال أبو جعفر: لما لم تصح الصدقة / على من لم يوجد، فيما يجوز [٢٤٨] انقراضه، علمنا أن شرطها أن يكون باقية لازمة. فإذا لم يشترط بقاءها لمن لا ينقرض، وجب أن تبطل، فلا يجوز أن ترجع إلى أقرب الناس من الواقف؛ لأنه لو جاز ذلك، لكان رجوعه إلى الواقف أولىٰ.

[١٨٥١] في وقف العقار[3]:

قال أبو يوسف: لا يجوز وقف الحيوان ولا الرقيق ولا العروض، ما خلا الكراع والسلاح المحبوس للصدقة، وما خلا الرقيق والبقر والآلة في الأرض الموقوفة للعمل فيها، فإن ذلك يصير وقفاً معها.

---

(١) في الأصل: (ملكه الله تعالى)، والمثبت من نص المزني.

(٢) في المزني، (محرمة أبداً).

(٣) العَقار ــ بالفتح ــ القرار، وقيل: كل ملك ثابتٍ له أصل، كالأرض والدار» التوقيف، ص ٥١٩.

وروي عنه أيضاً: أن ما كان له غلة، فجائز أن يقفه، ويجعل [غلته] للفقراء.

وقال محمد: لا بأس بحبس الفرس والسلاح في سبيل الله تعالىٰ فيقول: هو حبس على من يغزو، ويدفعه إلى من يقوم به. ويجوز وقف المصحف يقرأ فيه، أو دار يسكنها الغزاة، ويؤاجر فيكون أجرها في سبيل الله إذا أخرجها من يده.

وقال مالك: لا بأس [أن يحبس الثياب والسروج][1]، وإن حبس دنانير على إنسان يتجر فيها، فهي قرض، وليس للحابس أن يرجع فيها، إلاَّ أن لا يقبلها الذي حبست عليه.

وقال الليث: لا بأس بحبس الفرس في سبيل الله تعالىٰ، ويجوز أن يحبس جارية على إنسان، فإن هلك ذلك الإنسان، فهي حرة، عتقت من جميع المال إذا قاله في الصحة.

وقال الشافعي: يجوز الحبس في الرقيق والماشية إذا كانت بعينها يعرفها الشهود، ولا يجوز وقف الدنانير؛ لأنها لا ينتفع بها إلاَّ باستهلاك عينها.

وقال محمد بن عبد الله الأنصاري: يجوز وقف الرقيق والدواب على آل فلان، فيستعمل وينفق عليها، فما فضل فهو لآل فلان، وإن ولدت الدابة أو الجارية بيع وصرف ثمنه إلى الفقراء من آل فلان، فإن لم يكن في آل فلان فقراء، صرف في مواضع البر، ويجوز وقف الدنانير والدراهم ويدفع مضاربة ويتصدق بفضلها في الوجوه التي وقفت عليها، ويجوز وقف الأكسية يلبسها الفقراء، لبسها ثم ترد إلى والي الصدقة، كلما استغنى عنها.

قال أبو جعفر: روى المختار بن فُلفُل، عن طلق بن حبيب، عن أبي طليق، (أنه كان له جمل وناقة، يحج على الناقة، ويغزو على الجمل،

---

(١) في الأصل: (لا بأس السرج) والمثبت من معنى المدونة، ٦/ ٩٩.

فسألته امرأته أن يعطيها الجمل /[1] لتحج عليه، فقال: ألم تعلمي أني حبسته في [ت ٢٠/ب] سبيل الله تعالىٰ! فقالت: إن الحج من سبيل الله، وسأل النبي ﷺ، فقال: الحج في سبيل الله، والغزو في سبيل الله)[2]. / [٢٤٩]

وروى الأعرج، عن أبي هريرة قال: (أمر رسول الله ﷺ بالصدقة، فقيل منع ابن جميل، وخالد بن الوليد، وعباس بن عبد المطلب، فقال: أما خالد فإنكم تظلمون خالدا فقد احتبس أدراعه وأعتده في سبيل الله تعالىٰ)[3].

وفي حديث أم معقل الأشجعية أن زوجها جعل ناضحة في سبيل الله تعالىٰ. فسألت النبي ﷺ؟ فقال: (الحج والعمرة في سبيل الله).

و [في] حديث أبي طليق دلالة على صحة الحبس في الدواب وإن لم تخرج عن يد حابسها.

وأما الدراهم والدنانير: فلا يصح وقفها؛ لأنها تستهلك عينها، فتخرج عن أن تكون موقوفة.

وأجاز مالك وقف الدنانير، وجعلها مع ذلك قرضاً على من أوقفت عليه، فلا معنى له؛ لأنها إذا جعلت كذلك، فهي مملوكة لمن أوقفت عليه، والأوقاف لا تكون مملوكة.

[١٨٥٢] في وقف الرجل على نفسه[4]:

قال بشر عن أبي يوسف: ولو استثنى أن ينفق منها على نفسه من الصدقة الموقوفة حياته، [وهي للأبد][5]، فإن ذلك جائز.

---

(١) من هنا تبدأ نسخة (ت) والاعتماد عليها كأصل، وإلى هنا كان السقط فيها.

(٢) أخرج البيهقي نحوه عن ابن عباس رضي الله عنه، ٦/ ١٦٤.

(٣) أخرجه الشيخان: البخاري، في الزكاة، باب قول الله تعالى وفي الرقاب، (١٤٦٨)؛ ومسلم في الزكاة، تقديم الزكاة ومنعها، (٩٨٣).

(٤) انظر: المبسوط، ١٢/ ٤١، ٤٦؛ المدونة، ٦/ ١٠٢.

(٥) ما بين المعقوفتين زيدت من (م).

وقال مالك: من حبس داراً، فإنها لا ترجع إليه أبداً. فإذا انقرض [مَنْ] حبسها عليه، رجعت حبساً على أقرب الناس، وإن شرط أنها راجعة إليه بعد انقراض من حبسها عليه، رجعت ميراثاً بين ورثة الحابس يوم مات.

وقال الأنصاري: يجوز أن يستثني[1] نفقة على نفسه لقول عمر رضي الله عنه في وقفه: (لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف غير متمول)[2].

وقد كان هو وليها لم يخرجها عن يده.

وقال محمد: لا يجوز إيقافه على أم ولده ولا مدبره؛ لأن ذلك يكون للمولى الواقف.

وقال الشافعي: إذا قال: داري حبيس على ولدي ثم مرجعها إليّ إذا انقرضوا، فالحبس باطل، وقد قيل: هو جائز، ويرجع على أقرب الناس بالمحبس؛ لأن النبي ﷺ: أبطل الشرط في العمرى وأجازها.

قال أبو جعفر: إنما يصح الوقف في منافع الأشياء التي يملكها الواقف، فيجعلها لغيره، فلا يجوز شرطها لنفسه؛ لأنه لا يجوز أن يملّك نفسه ما هو مالكه.

وأما عمر رضي الله عنه، فإنما شرط ذلك لمن يليه من غيره، والدليل على أن منافع الوقف إنما ملكها الموقوف عليه من جهة الموقف: ما روى إسماعيل بن جعفر، عن العلاء بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: (إذا مات العبد انقطع عمله إلاَّ من ثلاثة: من صدقة جارية / [٢٥٠] أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له)[3].

---

(١) في (م): (يجوز أن يقفه).

(٢) أخرجه البخاري، في الوصايا، باب الوقف كيف يكتب، (٢٧٧٢)؛ ومسلم في الوصية، باب الوقف، (١٦٣٢).

(٣) أخرجه مسلم، في الوصية، ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، (١٦٣١)؛ وأصحاب السنن.

فدل أنها مملوكة من قبله، لولا ذلك لما استحق ثوابها.

قال أبو بكر: هذا [لا][1] يدل على أنها مملوكة من قبله؛ لأنه قد استحق الثواب لأجل أنه سببه وأوصل إليه، كما قال النبي ﷺ: (الدال على الخير كفاعله)[2]. وكما قال: (من سنّ سنة حسنة، فله أجرها وأجر من عمل بها إلي يوم القيامة)[3].

[١٨٥٣] في وقف المريض على الوارث[4]:

قال مالك: إذا حبس داره في مرضه على ولده، وولد ولده والثلث [يحملها][5] فإنها تقسم على عدد الولد، وولد الولد، فما صار للولد الأعيان دخل معهم بقية الورثة، فيكون بينهم على فرائض الله تعالى، حتى إذا انقرض ولد الأعيان رجعت الدار كلها حبساً علىٰ ولد الولد، وإن انقرض [واحد][6] من ولد الأعيان قسم نصيبه علىٰ من بقي من ولد الأعيان، وعلى ولد الولد، ثم تدخل الزوجة والأم وورثة الميت مع ولد الأعيان، فما أصاب ولد الأعيان من ذلك على فرائض الله عز وجل، فإن هلك بقية الورثة من غير الولد، كان نصيبهم [دخل ويرثهم][7] في حظوظهم ما دام أحد من ولد الأعيان حياً.

---

(١) في الأصل: (يدل) والزيادة من (م) والسياق يدل على سقوط النفي من (ت).

(٢) أخرجه الترمذي من حديث أنس رضي الله تعالى عنه بهذا اللفظ، في العلم، ما جاء في أن الدال على البر كفاعله، (٢٦٧٢)؛ وبلفظ نحوه أخرجه مسلم، ـ من حديث أبـي مسعود رضي الله عنه ـ في الإمارة، فضل إعانة الغازي في سبيل الله، (١٨٩٣).

(٣) أخرجه الترمذي من حديث جرير البجلي رضي الله تعالى عنه، في العلم، ما جاء فيمن دعا إلى هدى فأتبع ـ (وقال حسن صحيح)، (٢٦٧٧)؛ وأخرجه مسلم مطولاً، في العلم، من سنّ سنة حسنة أو سيئة، (١٠١٧، ٢٦٧٤).

(٤) انظر: المدونة، ٦/ ١٠٤.

(٥) في النسختين: (كملها) والمثبت من نص المدونة.

(٦) زيد من المدونة.

(٧) ساقطة من (م).

وذكر الحسن عن أبي يوسف: إذا وقف داره في مرضه على ولده وولد ولده أبداً، ثم مات، جاز ذلك من الثلث لمن لا يرثه، ومن كان منهم يرثه، بطلت حصته من ذلك.

وقال الأنصاري: هي صدقة موقوفة، وتقسم حصة الوارث بين أهل الميراث على كتاب الله تعالى، وينفذ لمن لم يكن وارثاً حصته من ذلك، فإن مات الوارث رجعت حصته على أهل الوقف.

قال أبو جعفر: قول مالك، والأنصاري: لا معنىٰ له! لأن حصة الوارث إذا لم يجز فيه الوقف، فهو [موروث][1] لا يعود بعد ذلك وقفاً أبداً.

[١٨٥٤] في اشتراط بيع الوقف[2]:

قال بشر عن أبي يوسف في سنة تسع وسبعين: إن جعل الواقف نفسه بالخيار في بيع الوقف، أن يجعل ذلك في وقف أفضل منه، فهو جائز، وإن مات قبل أن يختار إبطاله، مضى الوقف على ما نصّ عليه.

قال: وقال أبو يوسف بعد ذلك: لا يجوز الاستثناء [في][3] إبطال الوقف والوقف نافذ جائز.

قال أبو بكر: لم نجد جواز الخيار في بيع الوقف إلاَّ عن أبي يوسف، وهو فاسد؛ لأن الوقف كالعتق؛ وشرط الخيار في العتق باطل.

[١٨٥٥] في وقف الرجل على ولده الصغار:

قال مالك: من حبس دوراً له على ولد له صغار، فسكن منها داراً، فإن كانت عظم ذلك، لم يجز، وإن كانت بيعاً، جاز حبس تلك الدور كلها [بمنزلة الذي سكن البيت من الدار][4].

---

(١) في الأصل: (موقوف) والمثبت من (م)، والسياق يدل على ذلك.

(٢) انظر: المبسوط، ١٢/ ٤١، ٤٢.

(٣) حرف الجر زيد من (م).

(٤) في الأصل (بمنزلة التي سكن من الدور)، والمثبت من (م).

قال أبو جعفر: وفي قول أبـي يوسف، والشافعي: قد جاز بالقول.

وقياس قول محمد: إنها جائزة وإن لم يخرجها من يده، وإن كان فيهم كبير، لم يجز بحال إذا وقفت وهي في يد الأب، كما قال في الصدقة المملوكة. فإن ابن سماعة حكي عنه فيمن تصدق على اثنين [بدار له][1] أحدهما صغير، والآخر كبير، فإن لم يقبض الكبير لم يجز لواحد منهما، وإن قبض الكبير جازت لهما.

قال أبو جعفر: وهذا [فاسد][2] على أصله؛ لأن من أصله من تصدق على رجلين صدقة واحدة، لم يجز حتى يقبضاها منه قبضاً واحداً، وإن قبضها قبضين مختلفين، لم يجز[3].

وحكى أبو خازم عن علي الرازي في تحديد قول محمد نحو ذلك. قال: فقال لي علي الرازي: هل فيه حيلة تجوز معها صدقته على اثنين له: أحدهما كبير، والآخر صغير؟ فقلت: نعم، يسلم الدار إلى ابنه الكبير، ثم يقول له ابنه الكبير: تصدق بدارك هذه عليّ وعلى ابنك الصغير، فيقول: قد فعلت، فيجوز لهما.

[١٨٥٦] في الألفاظ التي يصح بها الوقف[4]:

الذي وجدنا عن مالك، والأوزاعي، والليث، ذكر [الحبس][5]، وذكر هلال الرأي، عن أبـي يوسف، عن أبـي حنيفة إذا قال: أرضي هذه صدقة، أنه ينبغي أن يتصدق بأصلها على المساكين، أو بيعها فيتصدق بثمنها، ولا فرق بين قوله: صدقة، وبين قوله: صدقة على المساكين.

---

(١) في الأصل (له بدار) والمثبت من (م).
(٢) في الأصل (فليس) والمثبت من (م)، ويدل على المثبت سياق العبارة.
(٣) في (م): (يجوز ذلك).
(٤) انظر: المبسوط، ١٢/ ٤٠.
(٥) في الأصل (الحسن)، والمثبت من (م).

وقال أبو حنيفة: لو قال: أرضي هذه موقوفة، ولم يزد على ذلك لم تكن صدقة ولا وقفاً.

وقال أبو يوسف، وعثمان البتي: تكون وقفاً.

وإن قال: أرضي هذه وقف، أو قال: هي محرمة، أو قال: حبس محرمة، لم يجز لأنه ذكر حبس الأصل، ولم يسم لمن الغلة.

وإن قال: موقوفة لله تعالىٰ، جاز، وهي كقوله صدقة موقوفة.

وإن قال موقوفة لله [أبداً على نسلي أو قرابتي][1] فهذا جائز والغلة لهم حياتهم، فإذا انقرضوا صارت للفقراء والمساكين.

قال هلال: وقد قال ثلاثون[2] من الفقهاء لا يجوز الوقف، حتى يجعل آخره للمساكين.

وذكر الخصاف عن معاني أبي يوسف: أنه إذا قال: هي صدقة موقوفة على فلان أبداً، أو قال: صدقة موقوفة ما كان حياً، فإذا مات صارت الغلة للمساكين. قال: إذا قال أبداً، فقد أوجبها للمساكين / ألا ترى أنه لو قال: [٢٥٢] أرضي هذه موقوفة لله أبداً، [فإنما قصد بغلتها][3] إلى المساكين، فإن لم يقل أبداً، فقد قال / بعض الفقهاء: إنها تكون موقوفة للمساكين. [ت ٢٢/أ]

وقد قال محمد في الإملاء: ما كان من حبس،جارياً على الأبد فهو صدقة موقوفة، لا يرجع [إلى][4] الميراث، ولا إلى صاحبه أبداً، إذا دفعه إلى قيم يقوم به.

---

(١) في الأصل (موقوفة لله على سبيل أوفي ابني) والمثبت من (م).
(٢) في (م): (ناس).
(٣) في الأصل (قلنا قصد توليها)، والمثبت من (م).
(٤) الزيادة من (م).

وقال الشافعي: تتم الصدقات المحرمات [أن][1] يتصدق بها مالكها على قوم معروفين بأعيانهم، وأنسابهم، وصفاتهم، ويجتمع في ذلك أن يقول: صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، أو يقول: صدقة محرمة أو مؤبدة، فإذا كان واحداً من هذا فقد صحت، فلا تعود ميراثاً أبداً[2].

قال أبو جعفر: قال النبي ﷺ لعمر: (احبس الأصل وسبل الثمرة)[3]، فدل على أنه إذا ذكر الحبس وتسبيل الثمرة صحت الصدقة، وإن لم يقل صدقة موقوفة، فأما جعله لله تعالىٰ، فإنه يحتمل صدقة مملوكة، ويحتمل موقوفة، ويدل على الاحتمال حديث أنس في خبر أبي طلحة لما جاء إلى رسول الله ﷺ، فقال: إني جعلت أرضي لله تعالىٰ، فقال له النبي ﷺ: (اجعلها في فقراء قرابتك)، فجعلها لحسان وأُبَيّ، وفي بعض ألفاظه أنه قال: (قد جعلتها لله ولرسوله، فقال النبي ﷺ: قد قبلناه منك ورددناه عليك، فاجعله من الأقربين). فتصدق به على ذوي رحمه منهم: أُبَيّ، وحسّان، فباع حسان نصيبه من معاوية)[4].

فلم يجعلها النبي ﷺ صدقة موقوفة بقوله هي لله ولرسوله.

[١٨٥٧] باب شرط بيع الوقف:

قال أبو جعفر: حدثنا عبد العزيز بن محمد بن الحسن المديني، قال: حدثنا [أبو عبيد الله][5] المخزومي سعيد بن عبد الرحمن، قال: حدثنا الحسن بن زيد، عن عمر بن علي بن حسين عن أبيه علي بن حسين، عن حسين بن علي (أن

---

(١) الزيادة من (م).

(٢) انظر: المزني، ص ١٣٤.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/٣٨٦؛ البخاري، في الزكاة، الزكاة على الأقارب (١٤٦١)، ومسلم في الزكاة، فضل النفقة والصدقة (٩٩٨).

(٥) في الأصل (عبد الله) والمثبت من (م)، وهو الصحيح كما في التقريب، ص ٦٥٧.

علياً رضي الله عنه تصدق بأمواله حين توجّه إلى صفين، جعلها حبساً، ثلثها الحسن ثم الحسين، ثم وسع عليهما، إن نأت بهما دار عن دار الصدقة أن يبيعا الأصل، باعاه ثم قسماه أثلاثاً: فثلث في السبيل التي سبل في الرقاب، وثلث في آل أبـي طالب، وثلث في بني هاشم وبني المطلب، ولم يجعل ذلك بعدهما لأحد من ولده، ولا لأولادهما. وإنما وسع عليهما تقربا إلى الله تعالىٰ، وحرمة محمد ﷺ وتعظيماً وتشريفاً لمكانهما.

[٢٥٣] قيل له قد روى أبو يوسف قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن عمر بن علي / عن أبيه، عن جده، عن علي بن أبـي طالب ذكر في وقفه بينبع، وأنها لا يباع ولا يوهب ولا يورث(١).

فهذا الأشبه بأصول الصدقات(٢).

[١٨٥٨] في حبس سكنى دار، هل يجوز بيعها؟(٣):

قال أبو جعفر: قال مالك، والليث في رجل حبس داره على رجل ليسكنها أبداً، فإن للواقف أن يشتري سكناها منه، ولا يجوز ذلك لغيره، وعلى هذا أصلهما في تجويزهما الوقف غير مؤبد.

وأجاز أصحابهما: الوصية بسكنى دار لرجل إذا خرجت من الثلث، فإن صالحه الوارث على أن يترك السكنى على دراهم، جاز، وإن صالحه غيره على دراهم على أن يكون السكنىٰ له، لم يجز.

آخر كتاب الصدقة الموقوفة

● ● ●

(١) انظر بالتفصيل: مصنف عبد الرزاق، ١٠/ ٣٧٤ ــ ٣٧٦.

(٢) من هنا وقع سقط في نسخة الأصل: مسألة من الوقف، وكتاب الغصب، والعارية، والوديعة، والصلح، وجزء من الإقرار، واعتمدت في هذه المسائل الساقطة على نسخة (م)، والله المعين.

(٣) انظر المسألة بالتفصيل: المدونة، ٦/ ٦٤، ٦٥.

كتاب الغصب[1]

[١٨٥٩] في المغصوب يقدر على مثل ماله، هل يأخذه؟

قال أصحابنا، والحسن بن حي: إذا كان لرجل على رجل مال، فوجد مثله، فله أخذه بغير إذنه، ولا يأخذ من غير جنسه، وهو قول الثوري رواية.

وقال ابن أبي ليلىٰ: إذا كان لرجل على آخر مال، وله عليه مثله، فإنه لا يكون قصاصاً إلاَّ أن يتراضيا به.

وقال محمد: إذا جحد وديعة عنده، ثم استودع الجاحد المودع، لم يكن له أن يجحده.

وقال الثوري في رواية المعافى: لا يصير قصاصاً حتى يتقاضىٰ.

وقال الأوزاعي: إذا كان الغاصب أثمن المغصوب على مال دفعه إليه، فعليه أن يؤدي إليه، وإن وجده له ولم يثمنه، فلا بأس بأن يأخذه.

وقال الحسن بن حي: إذا كان له عليه حق، فله أخذه بغير إذنه، ولكل من علم ذلك أن يأخذه من مال عليه، فيعطيه.

وقال: إذا اشترى له شيئاً بأمره ثم يجحده الآمر، فله أن يبيعه ويستوفي حقه الذي أذن في ثمنه، ويوقف الفضل، وإن صدقه يوماً أخذه.

---

(١) الغصب ــ بفتح فسكون ــ لغة: أخذ الشيء ظلماً وقهراً، وشرعاً عرفه الكاساني عن الإمام أبي يوسف بأنه: «إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال». وعرفه النووي بأنه: «الاستيلاء على حق الغير عدواناً». انظر: المصباح (غصب)، البدائع، ٩/٤٤٠٣؛ المنهاج، ص ٧٠.

وقال الليث: إذا باعت المرأة خادم زوجها في النفقة، جاز بيعها.

وقال الشافعي: إذا كان عليه حق فمنعه إياه، فله أن يأخذ من ماله حيث وجده، بوزنه أو كيله، فإن لم يجد له، باع عروضه واستوفى من ثمنه حقه.

قال أبو جعفر: فروى بكر بن خلف، قال حدثنا بشر بن المفضل، قال حدثنا حميد عن يوسف المكي قال: كنت أكتب لفلان نفقة أيتام كان وليهم، فغالطوه بألف درهم، فأداها إليهم، فأدركت له مثلها من مالهم، فقلت: أقبض الألف الذي ذهبوا بها منك؟ فقال حدثني أبي أنه سمع / النبي ﷺ يقول: (أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك)[1]. [٢٥٤]

قال أبو جعفر: وحدثنا يحيى بن عثمان، قال حدثنا معتمر عن حميد، عن بكر بن عبد الله في مثل ذلك، قال حدثني أبي أن رسول الله ﷺ قال: (أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك).

قال أبو جعفر: وهو حديث مضطرب؛ لأن بشر بن [المفضل][2] رواه عن حميد عن يوسف المكي، ورواه معتمر عن حميد، عن بكر بن عبد الله. وإنما ذكر في حديث بشر: إني كنت أكتب لفلان، ولم يسمه.

وفي حديث معتمر عن بكر بن عبد الله قال: كان هذا بكر بن عبد الله المزني، وهو خليل، وليس يعرف له سماع عن أبيه؛ لأنه يقال، إنه توفي وابنه بكر صغير.

وقد روى المبارك بن فضالة، عن بكر بن عبد الله قال: قال لي علقمة بن عبد الله المزني غسل أباك وأنا صغير أربعة من أصحاب محمد ﷺ كلهم بايع تحت الشجرة، فما زادوا على أن حسروا عن سواعدهم، وجعلوا عصيهم في حجرهم، ثم غسلوا ولم يزيدوا على الوضوء.

---

(١) أخرجه أبو داود، في البيوع، الرجل يأخذ حقه من تحت يده (٣٥٣٤)، والبيهقي في السنن الكبرى، ١٠/ ٢٧٠.

(٢) في الأصل (الفضل) والمثبت هو الصحيح كما في الخلاصة للخزرجي.

ولو صح الحديث احتمل أن يكون معناه: (أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك)، بأن تأخذ زيادة على مالك بغير حق، كما أخذهم في الابتداء بغير حق.

وقد روي هذا الحديث من وجوه آخر، ينكره أصحاب الحديث: وهو ما رواه أبو كريب، قال حدثنا طلق بن غنام، عن شريك، وقيس، عن أبي حصين، عن أبي صالح، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ (أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك)[1].

وهذا لا يحتج به.

وروى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن هنداً قالت للنبي ﷺ: إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني ويكفي بني، إلاَّ أن آخذه وهو لا يعلم، فهل عليّ جناح في ذلك؟ فقال رسول الله ﷺ: (خذي ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف)[2]

قال أبو جعفر: وأما قول من أجاز بيع العروض، فهو فاسد؛ لأن حقه في ذمته لا في العين، ألا ترى أنه إنما يطالبه عند الحاكم بأداء دينه، لا ببيع عروضه.

فإن قيل: فقد يبيع القاضي عليه العروض، كذلك الغريم.

قيل له: هذا غلط؛ لأن القاضي إنما يأمره أولاً ببيع عروضه فإن لم يفعل، حينئذ باعه الحاكم، والقاضي قد يلي على الناس ويتصرف عليهم في وجوه

---

(١) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار، ٢/ ٣٣٧؛ وأبو داود (٣٥٣٥)، والترمذي (١٢٦٤)، وقال (حديث حسن غريب) والحاكم في المستدرك وصححه ووافقه الذهبي، ٢/ ٤٦؛ السنن الكبرى، ١٠/ ٢٧١.

(٢) أخرجه الطحاوي في المشكل، ٢/ ٣٣٨؛ والبخاري، في النفقات، إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ. . (٥٣٦٤) ومسلم في الأقضية، قضية هند (١٧١٤).

لا يجوز مثلها لغيره، وإذا كان القاضي لا يبيع عليه حتى يمتنع هو، كذلك الغريم.

[١٨٦٠] في ولد المغصوبة[١]:

[٢٥٥] / قال أصحابنا: غير مضمون، وكذلك زيادة البدن، وهو قول مالك، والثوري.

وقال الحسن بن حيّ: ولد المرهونة إذا هلك، سقط من الدين بحصته.

وقال الشافعي: يضمن الزيادة والولد جميعاً.

قال أبو جعفر: الزيادة حدثت في يده بغير فعله، كشاة دخلت دار رجل، أو ثوب ألقته الريح فيها، والفرق بينه وبين ولد الصيد أن ضمان الصيد قد يقع بالسبب، لا يضمن به الأموال، كمن نصب شركاً في داره وهو مُحرم للصيد، فيضمن، ولا يضمن بمثله الأموال.

[١٨٦١] في استهلاكه بعد الزيادة[٢]:

قال في الأصل: إذا غصب جارية قيمتها ألف، فزادت حتى صارت تساوي ألفين، فباعها الغاصب وسلّمها، فهلكت، فللمغصوب أن يضمنه قيمتها يوم سلّمها، وإن شاء ضمّن المشتري.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: لا يضمن الغاصب الألف الدرهم.

وقال مالك: للمغصوب أن يضمن الغاصب قيمتها يوم الغصب، ولا يضمن المشتري شيئاً، وإن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن.

---

(١) انظر: المختصر، ص ١١٨؛ المبسوط، ١١/ ٧٢؛ المدونة، ٥/ ٣٤٢.

(٢) انظر: المختصر، ص ١١٧؛ المبسوط، ١١/ ٧٢؛ المدونة، ٥/ ٣٤٢؛ المزني، ص ١١٧.

وقال الشافعي: يضمن الغاصب قيمتها زائدة.

[١٨٦٢] في نقصان الحيوان في يد الغاصب[١]:

قال أصحابنا: إذا غصبه عبداً فذهبت عينه في يد الغاصب، فللمغصوب أن يضمنه أرش العين، ويأخذ العبد.

وقال الشافعي: لو زاد في يد الغاصب ثم نقص، كان له أن يضمنه النقصان الذي ذهبت به الزيادة.

وقال مالك: ليس للمغصوب أن يضمن الغاصب أرش العين، ولكن يأخذ العبد ناقصاً إن شاء، ولا يضمنه شيئاً، وإن شاء ضمنه القيمة، ويسلم العبد للغاصب.

قال أبو جعفر: لما كان الحيوان مضموناً في يده بقيمته، ضمن أجزاءه وليس كالمبيع؛ لأن العقد يقتضي تسليم المبيع صحيحاً، فإذا لم يجده كذلك كان له الخيار من غير ضمان، كما لو وجد عيباً كان به قبل البيع، وقد اتفقوا في الثوب المغصوب إذا حدث به خرق، وفي الدار إذا حدث بها هدم، أن الغاصب يضمن النقصان كذلك الحيوان.

[١٨٦٣] في تخريق الثوب[٢]:

قال أصحابنا: إذا كان خرقاً يسيراً، أخذ الثوب، وضَمّن الغاصب النقصان، وإن كان خرقاً قد أفسده فصاحب الثوب بالخيار: إن شاء ضَمّن الغاصب قيمته كله وكان الثوب للغاصب، وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان.

وقال ابن شبرمة: يضمن نقصان الخرق.

---

(١) انظر: المختصر، ص ١١٧؛ المزني، ص ١١٧؛ المدونة، ٥/٣٤٦.
(٢) انظر: المختصر، ص ١١٩؛ الكافي، ٤٣١؛ المزني، ص ١١٧.

وقال مالك: إن أفسده الخرق، غرم قيمته، وكان الثوب للغاصب، وإن لم يكن الخرق فاحشاً رقاه الذي خرقه / ثم يقوّم بعد الذي رقّاه، فما نقص ذلك، غَرمه. [٢٥٦]

وقال الشافعي: يضمن النقصان في الخرق اليسير والكبير.

قال أبو جعفر: الخرق الكبير المفسد، يبطل عليه منافعه، واليسير لا يبطلها، فله تضمينه في الكبير، إلاَّ أنهم قد قالوا: لو قطع يدي عبد لم يضمن جميع القيمة مع بطلان عامة منافعه، فبطل الاعتبار الذي ذكرنا.

[١٨٦٤] في غصب العقار[١]:

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يضمن بالغصب إلاَّ أن ينهدم من فعله.

وقال محمد: يضمن بالغصب، وإن انهدم من غير عمله، وهو قول مالك، قال مالك: ولا يضمن الأجرة.

وقال الشافعي: يضمن ما انهدم والكراء جميعاً.

[١٨٦٥] في أجرة الغصب[٢]:

قال أصحابنا: إذا غصب دابة وأجّرَها، فالأجرة للغاصب يتصدق بها، ولا أجر للمغصوب.

وقال ابن شبرمة: على الغاصب أجرة الدار، وهو قول الشافعي. قال: قول النبي ﷺ: (الخراج بالضمان)[٣].

---

(١) انظر: المختصر، ص ١١٨؛ المبسوط، ١١/ ٧٣؛ المدونة، ٥/ ٣٥٦؛ الكافي، ٤٣٠؛ المزني، ص ١١٧.

(٢) انظر: المختصر، ص ١١٨؛ المبسوط، ١١/ ٧٧؛ المزني، ص ١١٧؛ وقول مالك في الكراء أنه للغاصب، انظر: المدونة، ٥/ ٣٥٩.

(٣) أخرجه أبو داود. من حديث عائشة رضي الله تعالىٰ عنها، في البيوع، فيمن اشترى عبداً =

يوجب أن يكون للغاصب.

[١٨٦٦] فيما انقطع في أيدي الناس[١]:

قال أبو حنيفة: إذا غصبه شيئاً مما يكال أو يوزن، فانقطع من أيدي الناس، فعليه قيمته يوم يختصمون.

وقال أبو يوسف: يوم غصبه.

وقال زفر ومحمد: آخر ما انقطع من أيدي الناس.

وقال الثوري: / إذا أقرضت رجلاً شيئاً من الثمار في حينه، فأخذته بعدما [٢٥٦] ذهب حينه، فليس لك أن تأخذه حتى يجيء حينه، إذا لم يقدر على مثله في ذلك الموضع.

ذكر هشام عن محمد: في رجل قد غصب جارية بالري وحملها إلى بغداد، فلقيه ببغداد، أن المغصوب بالخيار: إن شاء أخذ قيمتها بالري، وإن شاء أخذ الجارية بمدينة السلام.

وذكر ابن سماعة، عن محمد: أنه إذا غصبه كراء ببغداد، ثم لقيه بالبصرة، وهو أغلى منه ببغداد، فليس للمغصوب أن يطالبه بكراء مثله، ولكنه: إن شاء أخذ قيمته ببغداد يوم يختصمون، وإن شاء أخّره حتى يأخذ منه ببغداد كراء مثله، وإن كان بالبصرة أرخص، فليس للغاصب أن يعطيه كراء مثله، إلاَّ أن يشاء المغصوب، وللمغصوب أن يضمنه قيمته ببغداد أو يؤخره حتى يأخذ مثله ببغداد.

قال أبو جعفر: روي عن زفر فيمن حكيت عنه فيمن استقرض دراهم، ثم لقيه ببلد آخر، قال: كان أبو حنيفة يقول: يأخذه بها حيث لقيه، وكان يستحسن

= فاستعمله ثم وجد به عيباً (٣٥٠٨)؛ الترمذي نحوه (١٢٨٥) وقال (حديث حسن صحيح)؛ النسائي، ٧/ ٢٥٤؛ ابن ماجه (٢٢٤٢).

(١) انظر: المختصر، ص ١١٩؛ المدونة، ٤/ ٣٥٣.

في الطعام أن يأخذه حيث أقرضه، فلو أقرضه بالكوفة فلقيه بمصر، فقال: خذ طعامك ها هنا، كان قبيحاً، وإن غصبه إياه أخذه حيث لقيه.

[٢٥٧] وقال مالك: إذا غصبه / طعاماً، فاستهلكه ثم لقيه في موضع غيره، فليس له أن يأخذ منه شيئاً: لا طعاماً ولا قيمة؛ وإنما يأخذه بالطعام في الموضع الذي غصبه.

وقال الثوري: إذا أقرضه بالكوفة فلقيه بمكة، أخذه بطعامه حيثما كان.

قال أبو جعفر: القياس ما قال الثوري؛ لأن الزيادة والنقصان في غير بلده، بمنزلة تغير السعر في موضعه.

[١٨٦٧] فيمن غصب خشبة فأدخلها في بنائه[1]:

قال أصحابنا: عليه قيمتها، وليس لصاحبها أن يأخذها، وعن زفر فيما حكاه ابن أبي عمران: أنه يأخذها ويرفع البناء.

وقال مالك، والشافعي في المزني: يأخذ الخشبة.

وقال الشافعي: ولو كان خيطاً خاط به جرح إنسان أو حيوان، [ضمن][2] الخيط ولم ينزع.

قال أبو جعفر: المحتاج إلى خيط يخيط به بطنه، كان له أن يأخذ خيط غيره بغير إذنه إذا خاف على نفسه، ولو خاف سقوط جداره، لم يكن له أخذ خشبة غيره لإصلاحه.

---

(١) انظر: المبسوط، ١١/٩٣؛ المزني، ص ١١٨؛ المدونة، ٥/ ٣٦٤.

(٢) ذكر المؤلف هنا (ضمن نصف قيمة الخيط)، والمثبت من المزني؛ حيث قال الشافعي في المزني: «فإن خاط به جرح إنسان أو حيوان ضمن الخيط ولم ينزع»، المزني، انظر: المهذب، ١/ ٣٧٩، ٣٨٠.

[١٨٦٨] إذا خلط دراهمه بدراهم غيره[1]:

قال أصحابنا: إذا خلط دراهم الوديعة بدراهمه، ضمنها.

فقال أبو حنيفة: لا سبيل له على الغير.

وقال أبو يوسف ومحمد: يشركه المودع إن شاء.

وقال مالك: عليه دراهم مثلها، ولا يكون شريكاً.

وقال الشافعي: إذا خلط زيت غيره بزيت له مثله، أو خير منه: فإن شاء أعطاه من هذا مكيلته، وإن شاء أعطاه مثل زيته.

قال أبو جعفر: لما ضمنها بالخلط وجب أن يسقط حقه من العين، لاستحالة أن يملكها وبدلها معاً.

[١٨٦٩] فيمن قضىٰ بقيمة ما غصب ثم قدر عليه[2]:

قال أصحابنا: إذا ضمنه القيمة بالبيّنة، ثم ظهر العبد، فلا سبيل له عليه، وإن ضمنها بقول الغاصب، ثم ظهر العبد، فالمغصوب بالخيار: إن شاء رد القيمة، وأخذ العبد، وإن شاء كانت له القيمة وسلم العبد للغاصب.

وقال مالك: إذا غرم قيمة الدابة ثم ظهرت، فلا سبيل لصاحبها عليها، إلاَّ أن تكون قيمتها أكثر مما أخذ.

وقال الشافعي: متى ظهر أخذ العبد، ورد القيمة.

[١٨٧٠] فيمن غصب ثوباً فصبغه أحمر[3]:

قال أصحابنا: المغصوب بالخيار: إن شاء أخذه وضمن زيادة الصبغ

---

(١) انظر: المبسوط، ١١/ ١١٠، ١١١؛ الكافي، ص ٤٣١؛ المزني، ص ١١٨.

(٢) انظر: المختصر، ص ١١٨؛ المدونة، ٥/ ٣٤٩؛ المزني، ص ١١٨.

(٣) انظر: المختصر، ص ١١٩؛ المبسوط، ١١/ ٨٤؛ المدونة، ٥/ ٣٧١؛ المزني، ص ١١٨.

للغاصب، وإن شاء ضمّن الغاصب قيمته أبيض وسلم الثوب له، وهو قول مالك والثوري، والحسن بن حيّ.

وقال الشافعي: إذا غصبه ثوباً فصبغه وزاد في قيمته، قيل للغاصب: إن شئت استخرجت / الصبغ، على أنك ضامن لما نقص، وإن شئت فأنت شريك [٢٥٨] بما زاد الصبغ، فإن تمحق[1] الصبغ فلم تكن له قيمة، قيل له: ليس لك هاهنا مال يزيد، وإن شئت فاستخرجه وأنت ضامن لنقصان الثوب، وإن شئت فدعه، فإن كان ينقص ضمن النقصان، وله أن يخرج الصبغ على أن يضمن النقصان، وإن شاء ترك.

قال أبو جعفر: لا معنى لإباحة الغاصب استخراج الصبغ مع نقصان الذي يلحق الثوب؛ لأنه إن كان من حق الغاصب، أخذ صبغه فمن حق المغصوب أن لا ينقص ثوبه، وينبغي أن لا يكون عليه ضمان النقصان؛ لأن ذلك من حقوقه، ولمّا أوجب النقصان بالاستخراج دل على أنه ليس من حقوقه، وأنه ممنوع منه، فلما بطل هذا، صح أن للمغصوب احتباس الثوب؛ لأن الصبغ مستهلك في الثوب، وليس الثوب مستهلكاً في الصبغ.

[١٨٧١] في الغاصب يهب لغيره[2]:

قال أصحابنا: إذا غصب ثوباً فوهبه لغيره، فخرقه ثم جاء المغصوب، فإن شاء ضمّن الغاصب، وإن شاء ضمن الموهوب له، فأيّهما ضمن، لم يرجع على الآخر.

وقال مالك: لا يضمن الموهوب [له] إلاّ أن يكون الغاصب عديماً، فإن ضمنه لم يرجع على الغاصب.

---

(١) في المزني: (محق).

(٢) انظر: المبسوط، ١١/ ٨١؛ المدونة، ٥/ ٣٦٠؛ المزني، ص ١١٨.

وقال الشافعي: إن غصب طعاماً فأطعمه غيره، فإن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء الموهوب له، وإن ضمن الغاصب لم يرجع على الموهوب [له]، وإن ضمنه الموهوب [له] فقد قيل: له أن يرجع على الواهب، وقيل: لا يرجع به.

قال المزني: الأشبه أن لا يرجع على الغاصب، وأن الغاصب يرجع عليه؛ لأن الهبة لم تصح.

قال أبو جعفر: [الغَرر] إنما يوجب الرجوع بالبدل الذي هو الثمن، ولا يوجب الرجوع بالقيمة.

[١٨٧٢] في تغيير المغصوب[1]:

قال أصحابنا: إذا غصبه غزلاً فنسجه، أو قطناً فغزله، أو حنطة فطحنها، فلا سبيل للمغصوب عليه، وعليه الضمان، وكذلك قول مالك في الغزل إذا نسج، والقطن إذا غزل[2].

وقال الشافعي: يأخذه المغصوب، ولا حق فيه للغاصب.

قال أبو جعفر: روى زهير بن معاوية قال: حدثنا عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار في قصة الشاة المغصوبة المشوية وأن النبي ﷺ أمر أن تطعم الأسارى[3].

وقد رواه أيضاً أبو حنيفة، والثوري وغيرهما، وهو حديث صحيح السند، ولم يرو شيء يخالفه، فصار أصلاً في ذلك.

وذكر محمد في إملائه: أن المغصوب أحق بهذا اللحم في حياة الغاصب، وبعد موته حتى شاء له فيستوفي ثمنه دون سائر الغرماء.

---

(١) انظر: المبسوط، ١١/ ٩٢؛ المدونة، ٥/ ٣٦٣، ٣٦٤؛ المزني، ص ١١٨.

(٢) وقال مالك في الحنطة: «أحب ما فيه إليّ أن يضمن له حنطة مثل حنطته». المدونة.

(٣) أخرجه البيهقي في قصة مطولة، السنن الكبرى، ٦/ ٩٧.

[٢٥٩] / قال محمد: ولو كان له احتباس الشاة لما أمر النبي ﷺ بأن يطعم الأسرىٰ.

وروي عن أبي يوسف في الإملاء: أن له أخذ الشاة المشوية، ولا يأخذ اللحم إذا طبخ بالخل والتوابل.

ولا فرق عند أبي حنيفة ومحمد بينهما في أنه ليس للمغصوب أخذه.

قال أبو جعفر: وجه منعهم أكلها وإطعامها الأسرىٰ، أنه لا يطيب للغاصب أكلها حتى يقوّم لصاحبها بقيمتها.

[١٨٧٣] في المغصوب يجيز بيع الغاصب[١]:

قال أصحابنا: إذا باع الغاصب الجارية وقبض الثمن فهلك في يده ثم أجاز المغصوب البيع، جاز، والثمن هالك من ملك المغصوب.

وقال مالك: يضمن الغاصب الثمن للمغصوب.

وعند الشافعي: لا يقف البيع، ولا يبرأ الغاصب من الضمان بالإجازة، وهذا كلام في بيع الموقوف.

وقد روي عن عمر، وعلي، وابن عمر، وابن مسعود، وابن عباس، وعبد الله بن عمرو، وأبي هريرة رضي الله عنهم: في الملتقط يتصدق باللقطة بعد التعريف حولاً، ثم يجيء صاحبها أنه بالخيار في إجازة الصدقة، فيجوز عنه، ويكون له أجرها، وفي تضمين الملتقط[٢].

فثبت بذلك وقوف العقود على من يملك إجازتها.

---

(١) انظر: المبسوط، ١١/٦٢؛ المدونة، ٥/٣٤٨.

(٢) انظر: مصنف عبد الرزاق، ١٠/١٣٧ ـ ١٣٩؛ المحلىٰ، ٨/٢٦٦؛ السنن الكبرىٰ، ٦/١٨٧، ١٨٨.

[١٨٧٤] في الغاصب يبيع ثم يشتري من المغصوب:

قال أصحابنا: إذا باع الغاصب الجارية ثم [اشترى] من المغصوب ينقض بيع الغاصب.

وقال مالك: لا ينتقض بيعه وينفذ[1].

[١٨٧٥] في رجلين يغصبان شيئاً واحداً:

قال مالك: في رجلين يغصبان شيئاً واحداً، فللمغصوب أن يضمن كل واحد منهما الجميع.

ولم يقل أحد من أهل العلم بذلك سواه، وهو فاسد في القياس أيضاً؛ لأن كل واحد غاصب للنصف، كما لو اشتريا عبداً كان كل واحد مشترياً للنصف، يلزمه ثمن النصف، دون الكل زيادة،

قال: روي في الإملاء عن أبي يوسف؛ أنه إذا أخذ القيمة بقول الغاصب ثم ظهر العبد، وقيمته كما قال الغاصب، فلا سبيل للمغصوب عليه، وإن كانت قيمته أكثر فللمغصوب أخذه ورد القيمة، ولم يشرط ذلك في الأصل، بل قال: أخذ القيمة بقول الغاصب ثم ظهر العبد، أخذه إن شاء.

قال أبو جعفر: وقد تزيد القيمة وتنقص، فلا اعتبار بقيمته يوم ظهر؛ إذ ليس يمتنع أن يكون أكثر يوم الضمان ثم ينقص.

آخر الغصب

• • •

(١) انظر: المدونة، ٥/٣٤٩.

كـتـاب العـاريـة[1]

[١٨٧٦] في ضمان العارية: / [٢٦٠]

قال أصحابنا: العارية غير مضمونة، وهو قول ابن شبرمة، والثوري، والأوزاعي.

وقال عثمان البتي: المستعير ضامن بما استعاره إلاَّ الحيوان والعبد، فإن اشترط عليه في الحيوان في العارية، ويضمن الحلي والثياب ونحوها.

وقال الليث: لا ضمان في العارية، ولكن أبا العباس أمير المؤمنين قد كتب بأن يضمنها، والقضاء اليوم على الضمان.

وقال الشافعي: كل عارية مضمونة.

قال أبو جعفر: وروي عن عمر وعليّ رضي الله عنهما: أن لا ضمان في

---

(١) العارية: بالتشديد والتخفيف وجمعها: العواري، قال الأزهري: «هي مشتقة من عار الرجل إذا جاء وذهب»، وهي لغة: إعارة الشيء.
انظر: المغرب؛ مختار الصحاح (عور)؛ تصحيح التنبيه، ص ٧٨.
واختلف الفقهاء في تعريفها شرعاً بحسب اختلاف ترتب آثارها فعرفها القدوري من الحنفية بأنها: «تمليك المنافع بغير عوض». ونحوها المالكية: وعرفها الشربيني من الشافعية بأنها: «إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به، مع بقاء عينه».
انظر: القدوري، ص ٦٣؛ مغني المحتاج، ٢/ ٢٦٣.
انظر المراجع الفقهية في المسألة: المختصر، ص ١١٦؛ المبسوط، ١١/ ١٣٤؛ المزني، ص ١١٦؛ المهذب، ١/ ٣٧٠.

العارية[1]، وعن ابن عباس وأبـي هريرة: أنها مضمونة[2].

قال أبو جعفر: وروى شريك، عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبـي مليكة عن أمية بن صفوان بن أمية، عن أبيه قال: (استعار النبـي ﷺ من صفوان بن أمية أدراعاً من حديد يوم خيبر، فقال له: يا محمد مضمونة؟ قال: (مضمونة)، فضاع بعضها، فقال له النبـي ﷺ: (إن شئت غرمناها لك)، قال: لا أنا أرغب في الإسلام من ذلك يا رسول الله)[3].

إسرائيل، عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبـي مليكة، عن صفوان بن أمية قال: (استعار رسول الله ﷺ من صفوان بن أمية أدراعاً، فضاع بعضها، وقال: إن شئت غرمناها لك، قال: لا يا رسول الله)[4].

فوصله شريك وذكر فيه الضمان، وقطعه إسرائيل، ولم يذكر الضمان.

ورواه مسدد، وقال: حدثنا أبو الأحوص، عن عبد العزيز بن رفيع، عن ناس من آل صفوان بن أمية قالوا: (استعار رسول الله ﷺ من صفوان بن أمية سلاحاً، فقال له صفوان: أعارية أم غصب؟ فقال له رسول الله ﷺ: بل عارية، ففقد أدراعاً، فقال رسول الله ﷺ لصفوان: إن شئت غرمناها لك، فقال: يا رسول الله [إن في قلبـي اليوم] من الإيمان ما لم يكن يومئذ)[5].

ورواه مسدد مرة أخرى: قال حدثنا أبو الأحوص، عن عبد العزيز بن رفيع، عن عطاء بن أبـي رباح، عن صفوان بن أمية، وذكر لنا حديثاً[6] من غير ذكر ضمان.

---

(١) انظر: مصنف عبد الرزاق، ٨/ ١٧٩؛ المحلىٰ، ٩/ ١٧٣.
(٢) انظر: مصنف عبد الرزاق، ٨/ ١٨٠؛ كنز العمال، ١٠/ ٣٦٢؛ المحلى، ٩/ ١٧٠.
(٣) أخرجه الدارقطني عن طريق (قيس بن الربيع)، ٣/ ٤٠.
(٤) رواه النسائي في الكبرىٰ، كما ذكره الغماري في الهداية، ٨/ ١٥٩.
(٥) أخرجه الدارقطني، ٣/ ٤٠؛ والبيهقي في السنن، ٦/ ٨٩.
(٦) أخرجه الدارقطني، والبيهقي، وأبو داود، في البيوع، في تضمين العارية (٣٥٦٤).

وروى قتادة، عن عطاء (أن النبـي ﷺ استعار من صفوان بن أمية دروعاً يوم خيبر، فقال له: أمؤداة يا رسول الله للعارية؟ قال: نعم)[1].

وروى جرير، عن عبد العزيز بن رفيع، عن أناس من آل عبد الله بن صفوان قال: أراد رسول الله ﷺ أن يغزو جيشاً. وذكر الحديث من غير ذكر ضمان[2] وليس في رواية هذا الحديث، أحفظ ولا أتقن ولا أثبت / من جرير بن عبد الحميد، ولو تكافأت الرواة فيه حصل مضطرباً.

وقد روي في أخبار أخر من طريق أبـي أمامة وغيره عن النبـي ﷺ: (العارية مؤداة).

والمؤداة أمانة ليست في الذمة، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء/ ٥٨].

ومن جهة القياس: أن المقبوض على وجه الإجارة لاستيفاء المنافع غير مضمون، كذلك العارية، بل هي أحرى أن لا تكون مضمونة مع عدم البدل.

قال أبو جعفر: وقد ذكر لنا محمد بن العباس أن محمداً تأوّل في ذلك: أن صفوان كان مشركاً يومئذٍ، فشرط الضمان وقد يجوز ذلك بين المسلمين وأهل الحرب.

[١٨٧٧] في استعارة الأرض ليبني فيها مدة أو غير مدة[3]:

قال أصحابنا: إذا أعاره أرضاً ليبني فيها، فبنى ولم يشرط له مدة، فله أن يخرجه متى شاء، ويقلع بناء، ولا يضمن شيئاً، وإن شرط له مدة، فله أن

---

(١) أخرجه الدارقطني بلفظ: (والعارية مؤداة؟ قال: نعم)، ٣/ ٣٩.

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع (٣٥٦٣)؛ والبيهقي، ٦/ ٨٩؛ والدارقطني، ٣/ ٤٠.
انظر: الطرق المختلفة في رواية الحديث: الهداية في تخريج أحاديث البداية، ٨/ ١٥٨ وما بعدها.

(٣) انظر: المختصر، ص ١١٦، ١١٧؛ اختلاف أبـي حنيفة وابن أبـي ليلى، ص ١٠٤؛ المبسوط، ١١/ ١٤١؛ المدونة، ٦/ ١٦٤، ١٦٥؛ المزني، ص ١١٦.

يخرجه قبل مضيها، فإن أخرجه ضمن قيمة البناء.

وذكر بشر بن الوليد، عن أبي يوسف، عن ابن أبي ليلىٰ: أنه يضمن قيمة البناء للباني، وإن لم يشرط له مدة.

وقال أصحابنا جميعاً: الغرس مثل البناء، وأما الزرع فإنه يترك حتى يستحصد، فيحصد.

وقال زفر: له أن يخرجه قبل المدة ولا ضمان عليه في البناء.

وقال مالك: إذا ضرب أجلاً للعارية، لم يكن له أن يرجع فيها، وإن لم يبن، وإن لم يضرب أجلاً فله أن يرجع وإن لم يؤقت، و[إن] أذن له في البناء، وأراد أن يخرجه بعد يوم أو يومين، لم يكن له ذلك إلاَّ أن يدفع إليه ما أنفق، وإلاَّ لم يكن له ذلك، حتى يسكن ما يرى الناس أنه يسكن مثله، في قدر ما عمّر، ثم إذا أراد أن يخرجه أعطاه قيمة نقضه إن أحب، وإن شاء أمره بقلعه.

وقال الليث: من أعار إلى أجل، لم يأخذ منه قبل الأجل.

وقال الشافعي: إذا أعاره نفعه، فبنىٰ فيها، لم يكن أن يخرجه حتى يعطيه قيمة بنائه، [قائماً][1] يوم يخرجه، وإن وقّت وقتاً، أو أذن له مطلقاً[2]، فهو سواء، ولكن لو قال: إذا انقضى الوقت كان عليك أن تنقض بناءك، كان ذلك عليه؛ لأنه لم [يغره][3].

قال أبو جعفر: اتفقوا أن العارية إذا لم يوقت لها، فله الرجوع فيها، وإذا وقّت اختلفوا، فلمّا صحت العارية بغير مدة، دل على أنها ليست كالإجارة، فالقياس: أن يرجع فيها وإن كانت مؤقتة.

آخر كتاب العارية

---

(١) في الأصل: (فإنما)، والمثبت من المزني.
(٢) في المزني: «ولو وقت له وقتاً، وكذلك لو أذن له في البناء مطلقاً».
(٣) في الأصل: (يغيره)، والمثبت من المزني.

كتاب الوديعة[1]

[١٨٧٨] في المستودع يخلط الوديعة بماله:

قال أصحابنا والثوري، والشافعي: إذا خلط الوديعة بماله حتى لم يتميز، ضمن.

وروى ابن وهب عن مالك مثل ذلك.

وروى عنه ابن القاسم: أنه إن كان مثله، لم يضمن.

قال أبو جعفر: لما [لم] يختلفوا أنه يضمن إذا لم يكن مثله، ولم يتميز، كذلك إذا كان من جنسه، ومثله.

[١٨٧٩] إذا استهلكت الوديعة[2]:

قال أصحابنا: إذا استهلك الوديعة ثم وضع مكانها مثلها، لم يبرأ من الضمان، وهو قول الثوري، والشافعي.

---

(١) الوديعة لغة: الترك، مأخوذة من ودع الشيء يدع، إذا سكن واستقر، وجمعها: ودائع، وهي من الأضداد، يقال: أودعته: دفعت إليه وديعة، وأودعته: قبلت وديعته، وهذا غير معروف. انظر: تصحيح التنبيه، ص ٧٧؛ المغرب (وديعة)؛ مختار الصحاح؛ المصباح (ودع). وفي الشرع تطلق؛ على الإيداع، وعلى العين المودعة، وعلى العقد وهو الأصح، وعرفها المرغيناني من الحنفية بأنها: «تسليط الغير على حفظ ماله». وعرفها النووي من الشافعية بأنها: «المال الموضوع عند أجنبي ليحفظه». وقال الشربيني بأن حقيقتها شرعاً: «توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص». انظر: الهداية، ٧/ ٧٣١ (مع البناية)؛ الروضة، ٦/ ٣٢٤؛ مغني المحتاج، ٣/ ٧٩.

(٢) انظر: المبسوط، ١١/١١٧؛ المزني، ص ١٤٧؛ المدونة، ٦/١٤٧.

فقال ابن القاسم عن مالك: إذا ردّ مكانها مثلها، وكانت دراهم أو حنطة أو نحوها، فلا شيء عليه، وكذلك الكيل والوزن كله إن استهلك بعضها ثم ردّ مثل ما استهلك.

وقال ابن وهب عن مالك: إذا أخذ بعضها فاستهلكه ثم ردّ مثله، فلا ضمان عليه إلاّ فيما أخذ.

قال أبو جعفر: لما استهلكه صار دَيناً، فلا يبرأ منه إلاّ بما يبرأ من سائر الديون.

[١٨٨٠] في المودع هل يودع[(١)]؟:

قال أصحابنا: لا يودع، وإن أودع ضمن إلاّ أن يكون في عياله، فإن هلك، ضمَّن الأول دون الثاني عند أبـي حنيفة.

وعند أبـي يوسف ومحمد: له أن يضمن أيهما شاء، وهو قول الثوري، والأوزاعي.

وقال مالك: إن أراد سفراً وكان بيته مفرداً وما أشبهه من العذر لم يضمن، وإن لم يكن له عذر، ضمن، وإن أودعه في السفر فدفعه إلى غيره، ضمن، وليس مثل الحاضر.

وقال الليث: إن خرج غازياً في البحر، أو حاجّاً، أو خاف عليها بعده فإن استودعها أميناً، لم يضمن، ومن حوّل شيئاً من موضعه ضمن، وإن كان له عذر لم يضمن، وإن أودع أهله لم يضمن.

وقال الشافعي: إذا أودع المودع غيره، وصاحبها حاضر، ضمن، وإن لم يكن حاضراً، فأودعها أميناً وهو يريد سفراً، لم يضمن.

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٦٤؛ المدونة، ٦/ ١٤٥؛ المزني، ص ١٤٧.

[١٨٨١] إذا ادعى أنه أذن له في إيداع غيره[١]:

قال أصحابنا: إذا دفع المودع الوديعة إلى غيره، وادعى إذن صاحبها ضمن، ولم يصدق إلاَّ ببينة، وهو قول مالك، والشافعي.

وقال ابن أبي ليلى: القول: قول المستودع، ولا ضمان عليه، وعليه اليمين.

وقال الأوزاعي: إذا أمره أن يدفعها إلى آخر، وزعم أنه دفعها والآخر يجحد، فإن جاء ببيِّنة أنه دفعها وإلاَّ ضمن. / [٢٦٣]

[١٨٨٢] في المودع، هل يستعمل الوديعة:

قال أصحابنا: إذا بعث العبدَ الوديعةَ في حاجة له، فهلك، ضمن.

وقال الليث: إن بعثه في سفر أو [أ]مر بعينه، فعطب في مثله، فهو ضامن وإن قال: اذهب إلى باب الدار اشتر بقلاً أو نحوه، لم يضمن؛ لأن العبد لو خرج في مثل هذا، لم يمنع منه.

وقال الشافعي: إذا بعث الدابة إلى غير داره لتسقى، وهو يسقي في داره، ضمن.

[١٨٨٣] في النفقة على الوديعة[٢]:

قال أصحابنا: إذا أنفق عليها المودع بغير إذن صاحبها، فهو متطوع، إلاَّ أن يكون بأمر حاكم.

وقال مالك: يرجع بالنفقة عليه، إذا قامت البيِّنة أنه كان وديعة عنده.

---

(١) انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ، ص ٥١؛ المزني، ص ١٤٧؛ المدونة، ١٤٥/٦.

(٢) انظر: المبسوط، ١٢٦/١١؛ المزني، ص ١٤٧.

وقال الشافعي: ينبغي أن يأتي الحاكم حتى يوكل من يقبض منه النفقة عليها، ويكون ديناً على ربها، فإن حبسها مدة إذا [أتت][1] على مثلها، لم تأكل و[لم][2] تشرب هلكت، ضمن، وإن لم تكن كذلك [فتلفت][3] لم يضمن.

[١٨٨٤] إذا قال المودع أودعينها أحدكما[4]:

قال أصحابنا: إذا ادعاها رجلان، فقال: ما أدري لأيكما هي فإنه [يستحلف][5] لكل واحد منهما، فإن أبى أن يحلف لهما، دفعها إليهما، وغرم قيمتها بينهما.

وقال ابن أبي ليلىٰ: لا شيء عليه، وهو بينهما نصفان.

وقال الشافعي: أحلّف المودع بالله ما يدري لأيهما هو [ووقف][6] ذلك لهما [جميعاً][7] حتى يصطلحا فيه، أو يقيم أحدهما بيِّنة له، وأيهما حلف مع نكول صاحبه، كان له.

وقال أبو جعفر: لكل واحد من المدّعيين أن يستحلفه، وإذا كان لهما استحلافه، لم يكن أحدهما أولىٰ بالتبدئة باليمين له من الآخر؛ لأنهما حين تساويا في الدعوىٰ وجب أن يتساويا في الاستحلاف عليها، وإذا كان كذلك، لم يصح استحلافه لهما على نفي ملكهما مع إقراره لأحدهما.

وقد ذكر محمد أن يستحلفه لهما يميناً واحدة: بالله ما هي لواحد منهما، وذكره عنه ابن سماعة.

---

(١) ما بين المعقوفتين عدلت من المزني، وكان في الأصل: (كانت).

(٢) في الأصل (لا) والمثبت من المزني.

(٣) في الأصل (يلعب) هكذا والمثبت من المزني.

(٤) انظر: المختصر، ص ١٦٥؛ اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص ٥١.

(٥) في الأصل: (يختلف) والمثبت من المختصر.

(٦) في الأصل: (وأوقف) والمثبت من المزني.

(٧) ما بين المعقوفتين زيد من المزني.

ولا يجوز ذلك لما وصفنا من الاستحلاف على نفي ما أقر به، وقول الشافعي أيضاً فاسد؛ لأنه استحلفه ما يدري لأيهما هي، ولو نكَل عن اليمين، لم يكن لنكوله حكم، وهو ساقط، وإذا بطل ذلك، وجب أن يستحلف لهما يمينين، يبدأ القاضي بأيهما شاء، أو يقرع بينهما.

[١٨٨٥] في مدَّعي الوكالة بقبض الوديعة[١]:

قال أصحابنا: إذا ادعىٰ رجل أن المودع وكله بقبض الوديعة، فهو على أربعة أوجه:

ــ إن كذبه ودفعها/ ثم جاء المودع، وأنكر [التوكيل]، ضمن المودع [٢٦٤] ورجع به على الوكيل.

ــ وكذلك إن لم يصدقه ولم يكذبه.

ــ وكذلك إن صدقه وضمنه، وإن صدقه ولم يضمّنه، لم يرجع به على مدعي الوكالة.

ــ وكذلك مدعي الوكالة بقبض الدين.

وقال أصحابنا: إذا ادعى الوكالة بقبض الدين، وصدقه الغريم، فإنه يجبره على تسليمه إليه.

وقال ابن أبـي ليلى، والشافعي: لا أجبره على دفع الدين حتى يقيم البينة، وأقول له: إن شئت فاعطه، وإن شئت فاتركه.

وقال مالك: إذا صدقه في الوكالة بقبض الوديعة، ودفعها ثم جاء صاحبها، فله أن يضمنه، ويرجع المودع على القابض.

قال أبو جعفر: لا يختلفون أنه لو ادَّعى أن أباه مات وترك هذه الوديعة

---

(١) انظر: المبسوط، ١٩/٨٨؛ المدونة، ٦/١٥٦.

ميراثاً له، لا وارث له غيره، فصدقه أنه يوم دفعها إليه، كذلك الوكالة.

[١٨٨٦] في السفاتج(١):

قال أصحابنا: تكره السفاتج إذا كانت على شرط، ولا بأس بها على غير شرط.

وقال الثوري: لا يشترط، وقيل إلى من أدفع؟

وقال مالك: أكره السفاتج؛ لأنه قرض جر منفعة.

وكرهها الشافعي أيضاً على شرط، وكرهها مالك على غير شرط، إذا كانت العادة عنده بمنزلة الشرط.

آخر كتاب الوديعة

● ● ●

---

(١) السفتجة: (قيل بضم السين، وقيل بفتحها، وبفتح التاء) فارسي معرب: (هي كتاب صاحب المال لوكيله أن يدفع مالاً قرضاً يأمن به من خطر الطريق)، كما قال الفيومي في المصباح: (سفتجة). وفي المعجم الوسيط: (أن يعطي آخر مالاً، وللآخر مال في بلد المعطي، فيوفيه إياه هناك فيستفيد أمن الطريق، وفي علم الاقتصاد: حوالة صادرة من دائن، يكلف فيها مدينه دفع مبلغ معين في تاريخ معين لإذن شخص ثالث، أو لإذن الدائن نفسه، أو لإذن الحامل لهذه الحوالة». وأقر هذا اللفظ مجمع اللغة العربية (سفتج). انظر المصادر الفقهية: المبسوط، ١٤/٣٧؛ الإشراف، ١/١٢١.

كتاب الصّلح[1]

[١٨٨٧] في الصلح على الإنكار[2]:

قال أصحابنا ومالك، والأوزاعي، والحسن بن حي: الصلح على الإنكار جائز.

وقال ابن أبي ليلىٰ: لا يجوز على الإنكار، ويجوز على السكوت من غير إنكار ولا إقرار.

وقال الشافعي: لا يجوز إلاَّ على الإقرار، كالبيع لا يجوز إلاَّ أن يصادقا على العوض والمعوض.

قال أبو جعفر: قد حكم للصلح بخلاف حكم البيع؛ وذلك لأنهم أجازوا للرجل أن يصالح غيره بغير أمره، وعرض في يده يدعيه لنفسه، وينكر ما يدّعي عليه فيه، ولم يقبلوا بعد ذلك بيّنة المدعىٰ عليه، ولو كان ابتاعه من المدعي، ولم يصالحه، قبلت بيّنته على صحة الملك.

---

(١) الصلح لغة: قطع المنازعة، من صلح الشيء ـ بفتح اللام، وضمها لغة فيه ـ وهو ضد الفساد، يقال: صلح الشيء إذا زال عنه الفساد، وصلح فلان سيرته، إذا أقلع عن الفساد، وشرعاً «عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم». انظر: تصحيح التنبيه، ص ٧٣؛ المغرب؛ المصباح؛ التعريفات (صلح)؛ الاختيار، ٣/٥؛ مغني المحتاج، ٢/١٧٧.

(٢) انظر: المختصر، ص ٩٨؛ المبسوط، ٢٠/١٣٩؛ اختلاف أبي حنيفة، ص ٤٣؛ المدونة، ٤/٣٧٤؛ المزني، ص ١٠٥، ١٠٦.

[١٨٨٨] في الاستحقاق في الصلح[1]:

قال أصحابنا: إذا ادعى جارية في يده، فصالحه منها على عبد، فاستحق، فإن كان على إقرار أخذ الجارية، وإن كان على إنكار رجع في الدعوىٰ.

وقال مالك: إذا كان عن إقرار، رجع بالذي أقر له به، وإن كان على إنكار رجع عليه بقيمة ما دفع.

[٢٦٥] وقال الربيع عن الشافعي: / إذا ادعى حقاً في دار، فأقر له أجنبي على المدعىٰ عليه، وصالح على عبد بعينه، فهو جائز، وإن وجد عيباً، فرده أو استحق، لم يكن له على الأجنبي شيء، ورجع على دعواه.

[١٨٨٩] في الإقرار بعد الصلح على الإنكار[2]:

قال أصحابنا: إذا جحده حتى صالحه، ثم أقر به، فالصلح ماضٍ وكذلك لو أبرأه وهو جاحد، ثم أقر، فالبراءة ماضية.

وقال مالك: في الرجل يدعي قِبَلَ الرجل ديناً، فجحده، ثم صالحه؛ لأنه جحده[3] فله أن يرجع عليه ببقية حقه إذا وجد بيِّنة، فإن قال: لي بيِّنة غائبة، وخاف أن تموت شهوده، أو يموت المدعىٰ عليه، أو يطعن، فصالحه، لم يقبل بعد ذلك بينته لأنه لو شاء لم يعجل.

---

(١) انظر: المختصر، ص ٩٨؛ المبسوط، ٢٠/ ١٤٠؛ المدونة، ٤/ ٣٧٤.

(٢) انظر: المبسوط، ٢١/ ٣٧؛ المدونة، ٤/ ٣٧٤.

(٣) لعل المؤلف هنا اختصر قول مالك اختصاراً، أو أنه وقع سقط من الناسخ إذ العبارة في المدونة: «سألت مالكاً عن الرجل يدعي قبل الرجل ديناً فيجحده ثم يصالحه ثم يجد بعد ذلك بينة عليه، قال مالك: إن كان صالحه وهو لا يعرف أن له بينة وإنما كانت مصالحته إياه) أنه جحده... فنجد أن العبارة المقوسة ساقطة من النسخة.

[١٨٩٠] في الصلح عن العبد المغصوب الآبق[١] :

قال أصحابنا: إذا صالحه والعبد آبق على دراهم، أو دنانير حالّة، أو مؤجلة، جاز، وإن صالحه على شيء من الكيل أو الموزون مؤجلاً، لم يجز ذلك إن كان مؤجلاً بغير عينه؛ لأن القيمة دين عليه، رواه أسد بن الفرات عن محمد.

وقال مالك: ما كان يحكم به دنانير، فصالحه على دنانير مؤجلة، جاز، وعلى غيره لا يجوز، إلاَّ أن يتعجله؛ لأنه يصير ديناً بدين.

وقال الشافعي: ما جاز في البيع جاز في الصلح، وما لم يجز في البيع لم يجز في الصلح.

قال أبو جعفر: للقاضي أن يحكم: إن شاء بالدنانير، وإن شاء بالدراهم، فمهما صالح عليه من ذلك، فهو الواجب.

[١٨٩١] في الصلح من العيب:

قال أصحابنا: إذا اشترى عبداً ثم صالحه من كل عيب به على دراهم، فهو جائز، وهو بريء من كل عيب، ولو قال: اشترى مثل العيوب بدراهم، لم يجز.

وقال مالك: إن ذكر عيباً بعينه مثل المشش[٢] في يد الدابة ونحوها. وقال: أشتريه منك بكذا، جاز.

[١٨٩٢] في صلح بعض الورثة[٣]:

قال أصحابنا: إذا ترك ابناً وامرأةً فصالحها من نصيبها على دراهم معلومة،

---

(١) انظر: المدونة، ٤/٣٧٥؛ المزني، ص ١٠٥.

(٢) المشش: «شيء في الدابة يَشْخَص في وظيفها حتى يكون له حجم وليس له صلابة العظم الصحيح»، وفي أجناس الناطفي: المَشَش: عيب وهو نفخ متى وضعت الإصبع عليه دمي، وإذا رفعتها عاد» المغرب. (مشش).

(٣) انظر: المبسوط، ٢٠/١٨٠، ١٨١؛ المدونة، ٤/٣٦٢؛ المزني، ص ١٠٥.

وفي الميراث غير ذلك، فإن كانت الدراهم أكثر من نصيبها، جاز، وإلاّ لم يجز، وإن أدخل الدين في الصلح، لم يجز بحال.

وقال مالك: إن صالحها على مائة درهم من دراهم الميت وهي مثل ميراثها أو أقلّ، جاز، وإن كانت أكثر، لم يجز؛ لأنها باعت عروضاً حاضرة وغائبة، وذهباً بدراهم [تعجلتها][1]، فإن صالحوها على مائة درهم [من أموالهم][2] على أن تسلم لهم جميع المال الذي تركه الميت، لم يجز، وإن [٢٦٦] اشتروا ذلك منها بالعروض، جاز، إذا عرف / ما ترك الميت من عروض أو قرض أو دين حاضر. وإن كان للميِّت دين على الناس من بيع أو سلف [فاشتروا حظها][3] منها لم يجز، وإن كان قرضاً، جاز إذا حضر الذي عليه.

وقال الشافعي: هو كالبيع، فما جاز في البيع، جاز فيه.

قال أبو جعفر: الدليل على جواز الصلح من المجهول: ما رواه يونس، عن الزهري، عن عبد الله بن كعب بن مالك، عن أبيه: (أن جابر بن عبد الله قتل أبوه يوم أحد شهيداً، وعليه دين، فاشتد الغرماء في حقوقهم، وقال جابر: فأتيت رسول الله ﷺ فكلمته فسألهم أن يقبلوا ثمر حائطي، ويحللوا أبـي، فأبوا، فلم يعطهم رسول الله ﷺ حائطي، ولم يكسره لهم، فطاف في النخل ودعا في ثمرها بالبركة، فجذذتها فقضيتهم حقوقهم، وبقي لنا من ثمرها بقية)[4].

---

(١) في الأصل: (تتعجلها)، والمثبت من المدونة.

(٢) الزيادة من المدونة، والعبارة فيها: «... على أن يعطوها المائة من أموالهم...». وفي الأصل: (على مائة درهم وأموالهم).

(٣) في الأصل: (فاشتريت نصيبها منه) والمثبت من المدونة ونصها: «وإن كان للميت فيما ترك على الناس دنانير ودراهم فاشتروا حظها بدراهم أو دنانير عجلوها من أموالهم لم يجز...»، ٤/٣٦٣.

(٤) أخرجه البخاري، في الاستقراض، إذا قضى دون حقه أو حلله، (٢٣٩٥)؛ وأبو داود، في الوصايا، الرجل يموت وعليه دين، (٢٨٨٤)؛ النسائي، ٦/٢٤٤؛ ابن ماجه، (٢٤٣٣).

ورواه يزيد بن [زريع][1] عن روح بن القاسم، عن محمد بن المنكدر عن جابر: (أنه كان على أبيه أوسق من تمر، فقلنا للرجل خذ من نخلنا بما عليه، فأبى. فأتاه رسول الله ﷺ ومعه عمر، فدعا لنا بالبركة فيها، فجذذناها فأعطينا الرجل كل شيء كان له، وبقي خرص نخلنا كما هو، فأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته فقال: [أخبر بذلك][2] عمر: فأخبره، فقال: قد علمت أنه يبارك فيها حين دعا رسول الله ﷺ).

فأجاز عليه الصلاة والسلام الصلح من غير علم بمقدار ما كان عليه، وبغير علم مقدار ما سألوا أخذه عَمَّالهم، فدل على أن جهله بمقدار المصالح عنه، وجهله بمقدار ما وقع الصلح عليه، عما صولح عنه، لا يمنع صحته.

[١٨٩٣] فيمن قال: قد صالحتك على كذا على أن تدفعه إليّ[3]:

أبو حنيفة ومحمد: أراد إذا كان عليه ألف درهم حالّه، فقال له: ادفع إليَّ منها خمسمائة درهم [غداً][4] على أنك بريء من الفضل، فهو بريء من الفضل إن دفع إليه، وإن لم يدفع إليه الخمسمائة غداً عادت عليه في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يعود عليه وإن اشترط عليه إن لم يوافه اليوم بالخمسمائة، فعليه الألف بمضي[5] اليوم، قبل أن يعطيه، فإن عليه ألفاً في قولهم جميعاً.

---

(١) في الأصل: (رويع)، والمثبت من الخلاصة، ص ٤٣١؛ التقريب، ص ٦٠١.

(٢) في الأصل: بياض قدر كلمتين، وما بين المعقوفتين من ابن ماجه.

(٣) انظر: المختصر، ص ١٠٠؛ المدونة، ٤/ ٣٨٥؛ المزني، ص ١٠٥.

(٤) ما بين المعقوفتين مزيد من المسألة نفسها لاستقامة العبارة، حيث ذكر المؤلف (غداً) بعد سطر.

(٥) قول المؤلف في قول أبي يوسف: (فعليه الألف بمضي اليوم)، يدل على خلل في المعنى، حيث ذكر أنه (لا يعود وإن اشترط...)، والله أعلم، «وأما في قول =

وقال مالك: إذا قال اشهدوا أنه إن أعطاني مائة درهم عند رأس الشهر فالتسعمائة له، وإن لم [يعطني][1] فالألف كله عليه، فلا بأس بذلك، وهو كما قال.

وعند الشافعي: الصلح كالبيع، وهذا مخاطرة، فلا يجوز.

[١٨٩٤] في الصلح عن الغير[2]:

[٢٦٧] إذا صالح عن الغير فيما يدعىٰ عليه / والمطلوب مُقِرّ ومنكر، وإن ضمن لزمه، وإن لم يضمن فهو موقوف على المطلوب، إن أجاز جاز ولزمه، وكذلك لو صولح عنه بأمره، لم يلزم المصالح ولزم المطلوب.

وذكر أبو جعفر، عن محمد بن العباس، عن عليّ عن محمد، لو قال: أصالحك على مائة من مالي، كان ضامناً لما صالح عليه، قال: وهو قولهم جميعاً.

وذكر عيسىٰ بن أبان، عن إسماعيل بن حماد، وعن محمد بن الحسن: أنه لو صالحه على هذه المائة درهم، وهي قائمة في يده، كان لصلحه على مائة من ماله، أو على مائة هو لها ضامن.

وقال مالك: إذا صالحه من حقه الذي له على فلان على كذا، ولم يقل أنا ضامن، فهو ضامن، سواء قال: هو ضامن أو لم يقل.

وقال الشافعي في المزني: إذا صالح رجل عن رجل بشيء، جاز عنه

= أبي يوسف فالصلح جائز، وهو بريء من بقية المال، دفع إليه الخمسمائة الدرهم التي شرط له دفعها إليه في ذلك اليوم، أو لم يدفعها إليه».

(١) في الأصل: (يعط)، والمثبت من المدونة.

(٢) انظر: المختصر، ص ١٠٢؛ المدونة، ٤/٣٧٩، ٣٨٠؛ المزني، ص ١٠٦.

الصلح، وليس للذي أعطى عنه أن يرجع عليه؛ [لأنه تطوع به][1]، وذكر الربيع عنه: أنه إذا صالحه على عبد بعينه ثم استحق، لم يكن له على المصالح الأجنبي شيء.

[١٨٩٥] في الصلح عن الوصية بالغلة ونحوها[2]:

قال أصحابنا: إذا أوصى له بخدمة عبدٍ، أو سكنىٰ دارٍ، أو غلة عبده، أو بما في بطن أمته، فصالحه الورثة على دراهم مسماة في ذلك، فهو جائز، ولو باع ذلك منهم معاً، لم يجز.

وقال مالك: يجوز صلحهم على ذلك على الغلة والسكنىٰ والخدمة وغلة النخل، ولا يجوز عما في البطن؛ لأن مرجع النخل والدار والعبد إلى الورثة، وفي الحمل لا يرجع إلى الورثة منه شيء.

وقياس قول الشافعي: أنه لا يجوز شيء من ذلك؛ لأن الصلح كالبيع، ومع ذلك لا يجوز.

[١٨٩٦] في الصلح من دم العمد[3]:

قال أصحابنا: في دم عمد بين رجلين، صالح أحدهما من نصيبه على دراهم، فهو جائز، وليس لأخيه فيها شيء.

وقياس قول مالك، وقول الشافعي: أنه يشاركه.

---

(١) العبارة في الأصل: (لأنه أعطى عنه أن يرجع عليه، لا تطوع به)، والمثبت هو نص المزني. وعبارة الأصل لا تتناسب مع المقدمة، فهذا يدل ما وقع في العبارة من تحريف ـ والله أعلم ـ .

(٢) انظر: المبسوط، ٢١/٢؛ المدونة، ٣٧٦/٤؛ المزني، ص ١٠٥.

(٣) انظر: المبسوط، ٢١/ ١٠، ١١؛ المدونة، ٤/ ٣٧٠.

[١٨٩٧] في الصلح وقتل الخطأ[1]:

قال أبو حنيفة: إذا صالحه من دم الخطأ على مائة بعير أو ألف دينار فهو جائز.

وعند أبي يوسف ومحمد: يجوز أيضاً على ألفي شاة، أو مائتي بقرة، أو مائتي حُلة. وإن صالح على أكثر مما قدر في الدية من ذلك، لم يجز، فإن قضى القاضي بالإبل ثم صالحه على دراهم مثل قيمتها، أو أكثر مما يتغابن الناس فيه، فهو جائز؛ لأنه لو جاء بقيمتها قبلت منه. وإن صالحه على أكثر من قيمة بما [٢٦٨] لا يتغابن فيه، لم يجز. وإن صالحه / من الإبل على بقر أو غنم، فإن كانت بعينها، جاز، وإلاَّ لم يجز.

وقال مالك: إن جنى رجل من أهل الإبل، فصالح عاقلته أولياء الجناية على أكثر من ألف دينار، جاز وإن عجلها.

[١٨٩٨] في الحط عن المتغيب:

قال بشر عن أبي يوسف: إذا تغيب المطلوب حتى حط بعض المال ثم ظهر بعد، فالحط جائز في قول أبي حنيفة.

وقال ابن أبي ليلىٰ: له أن يرجع فيما حط عنه؛ لأنه تغيب عنه.

قال أبو يوسف: وبه نأخذ.

وقال أبو جعفر: لم نجد هذه الرواية عن أبي يوسف [إلاَّ][2] في هذا

---

(١) انظر: المبسوط، ٢١/١١؛ وما بعدها.

(٢) في الأصل: (إلى).

الموضع، وقوله المشهور: أنه جائز[1]. كقول أبي حنيفة ومحمد.

وقال مالك: إذا تغيب شهود الطالب وجحده المطلوب، فصالحه على بعض الدين وأشهد في السراية صالحه؛ لأنه جحده، فالحط جائز.

وقال الشافعي: إذا تغيَّب المطلوب، فحط بعض دينه، وأخذ الباقي ثم قال: إنما حططت المتغيب، فليس له أن يرجع فيما حط؛ لأن هذا ليس في معنى الإكراه.

قال أبو جعفر: اتفقوا أنه لو ماطله فصالحه لأجل المطل، كان الحط جائزاً، كذلك التغيب.

[١٨٩٩] في التحكيم:

قال أصحابنا: إذا حكما [رجلان] بينهما رجلاً، لكل واحد منهما أن يرجع في ذلك، ما لم يمض الحكومة، فإذا أمضاها بينهما، فليس لواحد منهما أن يرجع فيها، وينبغي للقاضي حين يرفع ذلك إليه إن كان يوافق الحق عنده أن يمضيه، وإن كان لا يوافق رأيه، ورأى الحق غيره، رده وحملهما على رأيه دون رأي الحكم.

وقال ابن أبي ليلىٰ: حكم الحَكَم جائز عليهما.

وقال ابن شبرمة: إذا حكم الحكم بينهما، فلكل واحد منهما أن يبطله، ما لم يرضيا بعد الحكم.

وقال مالك: إذا حكّما بينهما رجلاً، جاز حكمه عليهما، فإن رفع إلى قاضٍ، لم يبطله إلاّ أن يكون خطأً بيِّناً، وإن حكّماه وأقام البيِّنة عنده، ثم بدا لواحد منهما أن يحكم، فقال: لا يحكم شيئاً، فإني أرى أن يقضي بينهما، ويجوز حكمه.

---

(١) وهذا ما ذكره أبو يوسف في كتاب: (اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى)، ص ٤٣.

وقال الحسن بن حي: إذا جعلا بينهما حكماً وأقرّ أن ما قضى به، فهو جائز عليهما، فليس لهما أن يرجعا في حكمه، هو بمنزلة القاضي.

وقال الليث: إذا حكم بينهما لم يرد حكمه إلاَّ الإمام.

وقال الشافعي: إذا حكم بينهما ثم ارتفعا إلى قاضٍ، فرأى خلاف حكمه، فلا يجوز في ذلك إلاَّ بواحد من قولين: إما أن يكون في معنى القاضي، فلا يفسخ منه إلاَّ ما يفسخ على قاضٍ غيره، أو أن يكون حكمه كالفتيا، فلا يلزم [٢٦٩] واحد منهما. /

قال أبو جعفر: لا يختلفون أنه ليس لواحد منهما أن يرجع بعد إمضاء الحكم دون القاضي، فدل أن الحكم قد لزمهما، فالحاكم عليه أن يمضي عليهما ما كان لازماً لهما قبل ذلك، فدل على أنه لا يفسخه بوجه، كقضاء القاضي.

[١٩٠٠] في تحكيم المرأة[١]:

قال أصحابنا: يجوز تحكيم المرأة، وقالوا: لو استقضت جاز قضاؤها، فيما يجوز فيه شهادتها.

وذكر ابن سماعة عن محمد: أنه لا يجوز تحكيم من لا تجوز شهادته: كالعبد، والمحدود في القذف، والصبيّ، والذميّ، والمرأة.

وروي أيضاً عن ابن سماعة عنه: أنه لا يجوز تحكيم المرأة.

وقال مالك: يجوز تحكيم المرأة، وينفذ حكمها، ما لم تأت [جوراً][٢] أو خطأ، قال مالك: (وكانت الشفاء أم سليمان بن حتمة على السوق في زمن

(١) انظر: البدائع، ٤٠٧٩/٩؛ الإفصاح، ٣٤٦/٢؛ الدسوقي، ١٢٩/٤؛ مغني المحتاج، ٧٥/٤.

(٢) في الأصل: (جوازاً).

عمر رضي الله عنه، كان ولّاها إيّاه)[1]. وصاحب السوق فلا بد أن يقضي بين الناس.

قال أبو جعفر: قال النبي ﷺ: (لا يؤم أمير في إمارته)[2]، فدل على أن الإمامة في الصلاة للولاة دون غيرهم، فلما لم تكن المرأة إماماً للرجال، دل على خروجها ممن يصلح أن تكون أميراً، فلا يجوز أن تكون قاضياً، ومن لم يصلح أن يكون قاضياً، لم يصح أن يكون حكماً.

آخر كتاب الصلح

• • •

(١) المحلى، ٩/ ٤٢٩.

(٢) لم أجد هذا الحديث بهذا اللفظ، وإنما أخرج مسلم وغيره من أصحاب السنن من حديث أبي مسعود رضي الله عنه بلفظ: (ولا يؤمن الرجل الرجل في سلطانه...) في المساجد، من أحق بالإمامة (٦٧٣).



كتاب الإقرار[1]

[١٩٠١] في المجهول يقرّ بالرق[2]:

قال أصحابنا: يجوز إقراره بالرق، ويكون عبداً لمن أقرّ به له في سائر أحكامه، فقالوا: إذا تزوّجت المرأة المجهولة رجلاً، ثم أقرّت بالرق، صدقت على نفسها، ولا تصدق على أولادها الذين ولدتهم قبل ذلك، في أن يجعلهم رقيقاً، فهم أحرار وما تحملهم بعد ذلك، فهم رقيق في قول أبي يوسف، وفي قول محمد أحرار.

وقال مالك: لو أقرّ اللقيط بالرق، لم يصدق، وكذلك من ظاهره: ظاهر الحرية، ولو قذفه رجل حد قاذفه.

وقال الحسن بن حيّ: إذا أقر الحر لرجل بملك، جعل عبده وماله للذي أقر له، وجعل في مال العبد بمنزلة المملوك، وفيما عليه بمنزلة الحر، إن قذفه جلد ثمانين، وإن قذفه رجل، لم يحد، ويقتصّ منه فيما دون النفس، ولا يقتصّ له.

وقال الشافعي: إذا بلغ اللقيط، واشترى وباع، ونكح وأصدق، ثم أقر أنه عبد لرجل، ألزمته مما لزمه قبل إقراره، وفي إقراره بالرق قولان: أحدهما: أنه يلزمه في نفسه، ولا يصدق في حق غيره.

---

(١) الإقرار لغة: الاعتراف والإثبات، يقال: قر الشيء: إذا ثبت وأقر بالشيء إذا اعترف به، انظر: المغرب، المصباح (قرّ) وشرعاً هو: «إخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه» انظر: البناية، ٥٣٦/٧؛ مجمع الأنهر، ٢٨٨/٢؛ نهاية المحتاج، ٦٤/٥.

(٢) انظر: المبسوط، ١٥٦/١٨، ١٥٧؛ الكافي، ص ٤٥٩.

ومن قال: أصدقه؛ لأنه مجهول.

[٢٧٠] قال أبو جعفر: قول الحسن بن حيّ فاسد؛ لأنه بعد إقراره / بالرق لا يخلو من أن يكون: في حكم [العبيد][١] أو الأحرار، فإن عمل إقراره، فهو عبد في أحكامه كلها، وإن لم يعمل إقراره، فهو حر في أحكامه.

[١٩٠٢] إذا أقر بولد مجهول، هل يصير أمّه زوجة له؟

إذا قال لغلام: هذا ابني، ثم مات الرجل، فجاءت أم الغلام وهي حرة، تدعي الزوجية، فإن لها الميراث منه.

وروى ابن سماعة عن محمد: أنها إذا كانت مجهولة، لم يكن لها ميراث، إذا لم تعرف بالحرية والولد ولده منها، وإن كانت معروفة الأصل، فالقياس: أن لا يكون.

ووجه الاستحسان: أني لا أدري، لعله وطئها بشبه، ولكني أستحسن إذا كانت معروفة: أنها حرة، أن أجعلها امرأته.

[١٩٠٣] في إقرار بعض الورثة بدين[٢]:

قال أصحابنا، والحسن بن حي: إذا أقرّ وارث بدين، وجحد الباقون فإنه يستوفي كله من نصيبه.

وقال ابن أبـي ليلى: يدخل عليه من الدين بقدر نصيبه من الميراث وهو قول ابن شبرمة، ومالك، والثوري، والشافعي، والأوزاعي، قاله المزني عن الشافعي.

وفي البويطي مثل قولنا، وقول الشعبـي مثل قول أصحابنا.

وقول الحسن البصري، وإبراهيم مثل قول ابن أبـي ليلىٰ.

---

(١) في الأصل (العبد).

(٢) انظر: المبسوط، ١٨/٤٨؛ المدونة، ٥/٢١٤؛ المزني، ص ١١٣.

[١٩٠٤] [شهادة بعض الورثة بدين على الميت]:

قال أصحابنا: إذا شهد رجلان من الورثة بدين على الميت، جاز، ولم يلزمه الحاكم من نصيبه خاصة.

وقال الأوزاعي: شهادتهما جائزة /[1] على أنفسهما، ويؤخذ من [ت ٢٢/ب] حصتهما.

وقال الشعبي، والحسن البصري: شهادتهما جائزة على جميع الورثة، وهو قول الثوري.

وقال الحسن بن حي: إذا كانت شهادتهما تحيط بالمال، جازت، وإذا بقي من المال شيء، لم يجز؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما.

وقال الشافعي: تجوز شهادتهما.

قال أبو جعفر: تجوز شهادة الوارث [على الوارث][2] كما تجوز على غيره، فإذا ألزمهما القاضي بإقرارهما، لم ينفذ بعد ذلك في إسقاط ما لزمهما. قال: ونظيره: رجل شهد على رجل بالزنا، فإن قضى عليه بالحد، ثم جاء بثلاثة يشهدون معه، لم يجز، ولو لم يقض عليه، حتى جاء بثلاثة (يشهدون)[3] معه، جاز.

قال أبو بكر: لا يعتبر أصحابنا ذلك، وإنما يعتبرون مجيئهم، ولعل ذلك قول المخالف، فألزمهم إياه.

---

(١) من هنا اعتبر الأصل نسخة (ت)، حيث ثبت فيها من هذه المسألة بعد سقط كبير في جزء من باب الوقف، والغصب، والعارية، والوديعة، والصلح، وجزء من الإقرار).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من (م).

(٣) ساقطة من (م).

[١٩٠٥] في إقرار المريض وعليه دين في الصحة[(١)]:

قال أصحابنا: يبدأ بدين الصحة ثم يقضي دين المرض.

وقال مالك: إن أقر به لوارث أو ذي قرابة أو صديق ملاطف، لم يقبل إقراره إلاَّ ببيّنة، وإن أقرّ لغيرهم فإنه يحاصّ غرماء الصحة، وإنما يرد ما أمر به في المرض للتهمة، فإذا لم تقع التهمة، جاز.

وقال الليث: إذا أقر بدين في المرض، وله ولد، صدق في جميع ماله، وإن كان[(٢)] إنما يورث كلالة أو له عصبة / يرثونه، قال ذلك فيما يتهم عليه [٢٧١] الناس، فيثبت فيه، فربما أراد أن يحرم عصبته بالتوليج إلى غيرهم.

وقال الشافعي: الإقرار في الصحة والمرض سواء يتحاصّون فيه.

[١٩٠٦] إقرار المريض للوارث[(٣)]:

قال أصحابنا: لا يجوز إذا مات في مرضه إلاَّ أن يصدقه بقيّتهم، وهو قول مالك.

وللشافعي قولان: أحدهما: أنه يجوز، والآخر: أنه لا يجوز.

قال أبو جعفر: روي عن ابن عمر أن الرجل إذا توفي وعليه صداق لامرأته، فهو أسوة الغرماء، وإن كان في بيته قمح أو زيت أو غيره، فهو للورثة إلاَّ أن يكون سمّاه للتي دخل بها، وهو صحيح. رواه ابن المبارك، عن أسامة بن زيد، عن نافع، عن ابن عمر[(٤)].

---

(١) العنوان في (م): (في إقرار المريض بدين ثم بوديعة) وهذا وهم من الناسخ؛ حيث يأتي العنوان هذا في مكانه الصحيح. انظر المسألة: المختصر، ص ١١٦؛ المدونة، ٥/ ٢١٣؛ الكافي، ص ٤٥٧؛ المزني، ص ١١٢.

(٢) في (م): (كانو بما).

(٣) انظر: المختصر، ص ١١٦؛ المبسوط، ١٨/ ٣١؛ المزني، ص ١١٢؛ الكافي، ٤٥٧.

(٤) المحلى، ٨/ ٢٥٤.

قال أبو جعفر: وهذا يحتمل أن يريد أن يكون ملكها، ولا يريد الإقرار.

[١٩٠٧] في الإقرار لوارث ولأجنبي[1]:

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يصح بحال.

وقال محمد: إن جحد الأجنبي والوارث الشركة، جاز للأجنبي.

وقال مالك: يتحاصّ الابن والأجنبي في حصة الأجنبي، ثم ما يصيب الابن يكون بينه وبين الورثة ميراثاً.

[١٩٠٨] في إقرار المريض باستيفاء الدين[2]:

قال أصحابنا: يصدق في استيفاء دين الصحة، ولا يصدق في استيفاء ما أدانه في المرض إلاَّ ببيّنة، ولو كاتب عبده في الصحة ثم أقرّ في المرض باستيفائها، صدق وعتق، ولو كاتبه في المرض لم يصدق إلاَّ من الثلث / . [ت ٢٣/أ]

وقال الحسن بن زياد، عن أبي حنيفة: إذا باع داره في المرض وأقرّ بقبض الثمن، صدق.

وذكر الحسن بن أبي[3] مالك، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: أنه يصدق من الثلث، وإن كان البيع في الصحة صدق في جميع المال.

وقال مالك: إذا أقر في المرض بقبض دينه الذي على فلان، فإن كان وارثاً ممن يتهم، لم يقبل قوله، وإن كان أجنبياً لا يتهم، جاز.

وقال الشافعي: يجوز إقراره.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٨/٣١، ٣٢.

(٢) انظر: المبسوط، ١٨/٣٢؛ المدونة، ٥/٢١٢؛ المزني، ص ١١٢.

(٣) في (م): (الحسن بن مالك) والمثبت هو الصحيح كما في الفوائد البهية.

[١٩٠٩] في إقرار المريض بدين ثم بوديعة[١]:

قال أصحابنا: إذا أقر المريض بدين ثم بوديعة بعينها أو بغير عينها تحآصّا، ولو بدأ بالوديعة بعينها ثم أقر بدين، كان صاحب الوديعة أولىٰ.

وقال مالك: كل شيء أقرّ به من ذلك بعينه، فصاحبه أولىٰ به، سواء كان أقر به قبل إقراره [بالدين][٢] أو بعده، وما أقر به بغير عينه فهو والدين سواء.

[١٩١٠] في إقرار بعض الورثة بعتق عبد من الميراث[٣]:

قال أصحابنا: إذا أقرّ بعض الورثة أن الميت كان أعتق عبده هذا في صحته، وكذّبه الباقون، فإنه يعتق نصيب المقر، ويسعىٰ للمنكر في حصته، ولو قال: أعتقه في مرضه، ولم يترك مالاً غيره، وهما ابنان، فإنه يسعى للمنكر في نصف قيمته، وللمقر في سدس قيمته. / [٢٧٢]

وقال مالك في رواية ابن القاسم: لا يجوز إقراره، ولا يعتق نصيبه. وفي رواية ابن وهب: يجوز على المقرّ ما أقر به في نصيبه.

وقال الشافعي: يجوز على المقر في نصيبه.

قال أبو جعفر: لا خلاف أن رجلاً إذا اشترىٰ مملوكاً، ثم أقرّ أن البائع، أعتقه قبل البيع، وأنكر البائع أنه أعتقه، أنه يعتق على المقرّ، كذلك الوارث.

[١٩١١] في إقرار المريض بعبد في يده أنه ابنه[٤]:

إذا قال في مرضه لجارية لها ولد: هذا ابني، فإن كان ولد في ملكه، فهو حر بلا سعاية، وتعتق الأم من جميع المال، وإن لم يولد في ملكه سعى الغلام

---

(١) انظر: المبسوط، ١٨/٢٥؛ المدونة، ٥/١٣١.
(٢) ما بين المعقوفتين، المدونة، ٥/١٣١.
(٣) انظر: المبسوط، ١٨/٧٥.
(٤) انظر: المبسوط، ١٨/٤٨، ٤٩؛ المزني، ص ١١٢.

في ثلثي قيمته إن لم يكن له مال غيرهما، ولا يرث في قول أبـي حنيفة، وفي قولهما: إن لم يكن له ولد غيره، فهو حر، ولا سبيل عليه، وإن كان له ابن غيره فعلى المدعي نصف قيمته لأخيه، وذلك إذا (ملكهما) في مرضه ثبت النسب وعتقا، ولا سعاية على واحد منهما في قولهم جميعاً.

وقال ابن القاسم عن مالك: إذا أقر رجل في مرضه أن هذا حملها منه وأقرّ بولد أمة أخرىٰ، فقال: ولدها مني، وقال في أمة أخرىٰ: قد وطئتها، ولم يذكر الاستبراء بعد الوطء، فإنه يلزمه ولد هؤلاء كلهن، وهن أمهات أولاد له، يعتقن من جميع المال / . [ت ٢٣/ ب]

وقال عنه ابن القاسم أيضاً: إذا قال عند موته لجارية أنها ولدت منه، ولا يعلم إلاَّ بقوله، أنه كان يرثه (كلالة)، وإنما هم عصبة، لم يقبل قوله إلاَّ ببيّنة تثبت على مال، فإن كان له ولد، رأيت أن يعتق من جميع المال، وفي الذي ورثه كلالة لا يعتق، وهي أمه، وتلك إذا لم يكن معها ولد يدعيه السيد، جاز قوله في ذلك، وكانت أم ولد له.

وقال الشافعي: إذا أقرّ أن ابن هذه [الأمة] ولده منها، ولا مال له غيرها، ثم مات، فهو ابنه، وهما حران بموته، لا يبطل ذلك لحق الغرماء.

[١٩١٢] في الإقرار بمال في موطنين[(١)]:

قال في الأصل عن أبـي حنيفة: إن أقر بألف في موطن، وبألف في موطن، فهما ألفان.

وقال أبو يوسف ومحمد: هما ألف واحد، وكذلك إن كان أحدهما أكثر، لزم المالان: في قوله، وفي قولهما: الأكثر.

وروى بشر عن أبـي يوسف: إذا أقر عند القاضي بألف فأثبتها في ديوانه

---

(١) انظر: المبسوط، ١٨/٩، ١٠؛ المزني، ص ١١٣؛ الكافي، ص ٤٥٨، ٤٥٩.

وادعى عليه ألف درهم في يوم آخر، فأقر بها، فهي ألف واحد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

والإقرار عند الشهود كالإقرار عند القاضي: ولو شهد على نفسه في صك بألف درهم، وأشهدهم أو غيرهم على نفسه في موطن آخر بألف درهم، فإن المالين يلزمانه، (وإن جاء بشاهدين على ألف[1] لا يعلم في موطن أو[2] موطنين / فهو مالان، إلاَّ أن يعرف أنه في موطن، فيكون مالاً واحداً. [٢٧٣]

وقال الحسن عن زفر: إذا أقر بألف في موطنين، فهما ألف واحد.

وقال أبو يوسف: هي ألفان، وإن كان في موطن واحدٍ فهو ألف، وهو قول أبي حنيفة، وسواء شهد على جميع ذلك شاهدان، أو شهد شاهدان غير الأوليين.

وقال ابن شبرمة: هي ألف واحد، وهو قول مالك، والأوزاعي، والشافعي.

قال أبو جعفر: لا خلاف بين أصحابنا أنه لو شهد عليه شاهد أنه أقر بألف يوم الجمعة، وشهد آخر أنه أقر (له) يوم الخميس، أن القاضي يقضي عليه بألف، ولو كان ذلك مالين لما ثبت كل واحد منهما إلاَّ بشاهدين.

[١٩١٣] في الاستثناء من الإقرار[3]:

قال أبو حنيفة، وأبو يوسف: يصح استثناء ما يكال أو يوزن أو يعد من الإقرار من جنسه وغير جنسه.

وإن استثنى غير ذلك، لم يصح.

---

(١) في م (وإن جاء شاهدان على ألف، وجاء شاهدان على ألف).
(٢) م (أو في موطنين).
(٣) انظر: المختصر، ص ١١٤؛ الكافي، ص ٤٥٨؛ المزني، ص ١١٢.

وقال محمد وزفر: لا يصح الاستثناء من غير جنسه، [ومالك][1]: يجيز البيع بدينار إلاَّ درهم، فالإقرار على أصله أجوز.

وقال الشافعي: إذا قال: له عليّ ألف إلاَّ كر حنطة، قيل له: أقرّ بما شئت من ألف، والكر يستثنىٰ بعد أن يبقى بعد الاستثناء شيء، قلّ أو كثر.

[١٩١٤] في الإقرار بدرهم فوق درهم[2]:

قال ابن أبـي عمران: مذهب أصحابنا فيمن قال: عليّ درهم فوق درهم، أن عليه درهمين، ولو قال: عليّ درهم تحت درهم، قضى له بدرهم واحد.

وقال الشافعي فيهما جميعاً: درهم واحد، [أنه][3] [يجوز][4] أن [يقول][5] فوقه في الجودة، أو تحته في الرداءة، رواية المزني.

وقال الربيع عنه: عليه درهمان في الوجهين.

[١٩١٥] في إقرار العبيد بجناية:

قال أصحابنا: إذا أقر العبد المأذون له أو المحجور عليه بقتل رجلٍ خطأً، أو بجناية دون النفس، وكذبه مولاه، لم يصدق، وإن عتق بعد ذلك، لم يلزمه، ولو أقر بغصب أو نحوه، وهو مأذون[6]، جاز وإن كان محجوراً عليه لم يلزمه إلاَّ بعد العتق، فإن أقر بوطء بشبهة[7]، لم يلزمه مهر.

---

(١) في الأصل (ت) بزيادة (قال)، والمثبت من (م)، وبهذا تستقيم العبارة.

(٢) انظر: المبسوط، ١٨/٧؛ المزني، ص ١١٣.

(٣) زيدت من (م).

(٤) في النسختين (لا يجوز)، والمثبت من المزني بالإثبات، ونصه: «ولو قال درهم تحت درهم، أو درهم فوق درهم فعليه درهم: لجواز أن يقول فوق درهم في الجودة أو تحته في الرداءة».

(٥) في الأصل: (يكون)، والمثبت من (م): للموافقة بنص المزني.

(٦) في م (ما دون النفس).

(٧) في م (شبهة).

وقال ابن القاسم عن مالك: إذا أقر العبد أنه جامع هذه المرأة، غصبها نفسها، لم يصدق إلاَّ أن يؤتى، وهي مستغيثة أو متعلقة به، وهي تدمىٰ إن كانت بكراً، فإنه يصدق، وإن زعم أنه اغتصبها، وكذلك إذا أقرّ أنه وطىء صبياً، فقطع إصبعه وهي تدمىٰ، والصبي متعلق به، فإنه يصدق إذا أدرك بحدثان ما قطع إصبعه، وهو متعلق به، وفي غير هذا الوجه، لا يصدق.

وقال الشافعي: لا يجوز إقراره وإن عتق لزمه، ويجوز إقراره بالقصاص والحدّ.

[٢٧٤] [١٩١٦] في إقرار المكاتب بالجناية: /

قال محمد في الإملاء: إذا أقر المكاتب بجناية خطأً، لزمته في الكتابة يسعىٰ فيها، فإن عجز بطلت، سواء (حكم)[١] قضى بها ولم يقض.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن لم يقض بها بطلت، وإن قضى بها لزمته بعد العجز.

وقال [مالك][٢]: لا يجوز إقراره بجناية الخطأ إلاَّ بعد الأداء، فإن عجز ثم عتق (لم تلزمه[٣] الجناية).

وقال الشافعي فيه قولان: أحدهما: إن إقراره موقوف، إن أدى الكتابة لزمه، وإن عجز بطل حتى يعتق، والقول الثاني: إن ذلك لازم للمكاتب؛ لأنه يلزمه في ماله، وإن عجز بيع فيه إن لم يؤده المولىٰ.

---

(١) ساقط من (م).

(٢) في الأصل (ت): (محمد)، والمثبت من (م): وهو الصحيح، كما نص على ذلك في المدونة، ٦/ ٣٩١، ٣٩٢.

(٣) وفي المدونة: (لم يلزمه إقراره بالجناية).

[١٩١٧] في المملوك يستغله مولاه ثم يبين عتقه:

قال مالك: في المملوك يستغله سيده، وتقوم[(١)] البيِّنة على عتقه إياه قبل ذلك، أن الغلة للسيد، ولو كانت أمة فوطئها، أو [جرحها][(٢)] فقامت بينة على عتقه إياها قبل ذلك، وهو جاحد للعتق، فلا حد عليه، ولا أرش في جراحته، ولا حد في قذفه قبل ذلك.

قال أبو جعفر: لم نجد ذلك [عن أحد][(٣)] من أهل العلم غيره، وهو فاسد أيضاً؛ لأن العتق إذا ثبت قبل ذلك، فإنما أخذ مال حر، ووطىء حرة وقذفها.

[١٩١٨] إذا دعى أن ما اقتضاه زيوف[(٤)]:

قال أصحابنا: إذا كان له عليه ألف درهم، فقال: قضيتها، ثم ادعى أنها كانت زيوفاً، فالقول: قوله إلاَّ أن يقر بالاستيفاء فلا يصدق أنها كانت زيوفاً.

وقال مالك، والحسن بن حي: القول: قول الدافع[(٥)] أنه قضاه / [ت ٢٤/ب] الجياد[(٦)]، وأن هذا ليس من دراهمه.

قال أبو جعفر: لم يقع العقد على دراهم بعينها، فيكون إقراره باقتضائها إقراراً بقبض الجودة، فالقول قوله حتى يقر بالاستيفاء، وليس هذا[(٧)] كعبد اشتراه، ثم جاء يرده بعيب، فقال البائع: لم أبعك هذا، فيكون القول قوله؛ لأنه معترف بقبض ما اشتراه بعينه فهو على السلامة حتى يعلم غيرها.

---

(١) (م): (ثم تقوم).
(٢) في الأصل (أخرجها) والمثبت من (م).
(٣) زيد ما بين المعقوفتين لاستقامة العبارة.
(٤) انظر: المبسوط، ١٨/١٣.
(٥) في (م): (البائع).
(٦) في (م): (جياداً).
(٧) في (م): (هذا العبد).

[١٩١٩] في راكب الدابة يدعي العارية[1]:

قال أصحابنا: إذا قال راكب الدابة: أعرتني، وقال صاحبها: آجرتك، فالقول: قول المستعير، وهو قول الشافعي، ثم رجع فقال: القول: قول رب الدابة[2].

وقال مالك: القول قول: رب الدابة إلاّ أن يكون مثل هؤلاء المملوك، ممن لا يكون (يؤاجر)[3] فيكون القول: قول المستعير.

[١٩٢٠] في اختلاف الصبّاغ وربّ الثوب:

[٢٧٥] قال أصحابنا: إذا قال صبغته بأمرك، أو باستئجارك إيّاي، / ورب الثوب يقول: صبغته بغير أمري، فالقول: قول ربّ الثوب، فيكون كمن صبغ ثوب رجل بغير أمره.

وعلى مذهب مالك: يتحالفان، ثم يقال: لصاحب الثوب: إن أحببت فادفع إليه أجر عمله وخذ ثوبك، فإن أبىٰ، كانا شريكين في الثوب؛ هذا بقيمة عمله، وهذا بقيمة متاعه غير معمول.

وقال الشافعي: يتحالفان، وعلى الصابغ ما نقص الثوب، ولا أجر له، وإن زاد الصبغ فيه، كان شريكاً بما زاد الصبغ، وإن نقصت قيمته فلا ضمان عليه، ولا أجر له.

[١٩٢١] فيمن يقر بمالٍ من ثمن بيع لم يقبض:

قال محمد في الإملاء: إذا قال: له عليّ ألف درهم من ثمن بيع لم أقبضه منك، وقال البائع: قد قبضته، فالقول: قول البائع، وصل أو قطع.

---

(١) انظر: المبسوط، ٣/١٨، ٤؛ المزني، ص ١١٦.

(٢) مع يمينه في كلا القولين، المزني.

(٣) ساقطة من (م).

وفي قول أبي يوسف ومحمد: إن وصل فالقول: قول المشتري مع يمينه، وإن قطع، فقال: له عليّ ألف درهم، ثم قال بعدما سكت: هي من ثمن عبد لم أقبضه منك، سئل البائع أهي لك عليه من ثمن عبد؟ فإن قال: نعم، إلاَّ أني قد دفعته، فالقول: قول المشتري، وإن قال: هي من دين أو غصب فالقول: قوله.

وقال الحسن [بن(*) زياد] عن أبي حنيفة وزفر: إذا قال: لك عليّ ألف درهم ثمن متاع اشتريته منك، ثم قال بعد ذلك: لم أقبض المتاع، وقال المقر له: قبضت، فالقول: قول المقر، وقال أبو يوسف: القول: قول المقر.

وذكر بشر عن أبي يوسف: إذا أقر بمال في ذكر حق من بيع، ثم[1] قال بعد ذلك: لم أقبض المبيع، لم يصدق.

وقال ابن أبي ليلى: لا يلزمه شيء حتى يبيّن الطالب: أنه قبض المتاع، وهو قول أبي يوسف، وفي غير رواية بشر في الإملاء عن أبي يوسف: أسأل المقر له أبعت هذا المتاع؟ فإن قال: نعم، قلنا: أقم البينة أنك أوفيته المتاع! وإن قال الطالب: لم أبعه / شيئاً، لزمه المال. [ت ٢٥/أ]

وقال الشافعي: إذا أقر له بذكر الحق من بيع، ثم قال: لم أقبض، أحلفته ما قبض، ولا يلز[مه] الثمن إلاَّ بالقبض[2].

[١٩٢٢] في الإقرار للحمل[3]:

إذا أقرّ لما في بطن فلانة بألف درهم، لم يصح في قول أبي يوسف، والشافعي.

(*) الزيادة من (م).

(١) في (م): (ثمن).

(٢) في الأصل (يلزم) والمثبت من المزني، ص ١١٤.

(٣) انظر: المبسوط، ١٨/١٩٧؛ المزني، ص ١١٢.

وقال محمد: يصح، فإن كان[1] اثنين فهو لهما نصفان.

قال أبو جعفر: لما توقف[2] صحة الإقرار على الولادة، صار معقوداً على المخاطرة، والإقرار على الخطر لا يصح، وليس كذلك الوصايا.

[١٩٢٣] فيمن قال: عليّ كذا لا بل كذا[3]:

إذا قال[4]: عليّ ألف لا بل ألفان، فعليه ألفان، والقياس: ثلاثة آلاف، ولو قال[4]: عليّ ألف درهم، لا بل مائة دينار، فعليه المالان، وهو قول الشافعي.

وقال زفر: عليه ثلاثة آلاف درهم.

[١٩٢٤] فيمن قال: له عليّ مال عظيم أو نحوه[5]:

إذا قال: له عليّ مال عظيم، كان مائتي درهم في قول أبي يوسف ومحمد.

ولو قال: له عليّ مال، فالقول فيه قوله، وإذا قال: دراهم كثيرة فهي عشرة دراهم في قول أبي حنيفة، وفي قولهما مائتا درهم.

وقال الشافعي: إذا قال: له عليّ مال، قيل له: أقر بما شئت، وكذلك لو قال: مال عظيم، أو كثير، وإن قال: عليّ دراهم كثيرة أو عظيمة، فعليه ثلاثة دراهم.

---

(١) (م): (كانا).
(٢) (م): (توقف).
(٣) انظر: المبسوط، ١٨/ ١٠٤؛ المزني، ص ١١٣.
(٤) في م (له عليّ) في الموضعين.
(٥) انظر: المبسوط، ١٨/٩٨؛ المزني، ص ١١٢.

[١٩٢٥] فيمن قال: له عليّ كذا وكذا درهماً:

إذا قال: له عليّ [كذا كذا][١]، فعليه أحد عشر درهماً.

وإن قال: كذا وكذا درهماً، فعليه أحد وعشرون درهماً.

وقال ابن أبـي عمران: قال زفر: إذا قال: له عليّ كذا وكذا درهماً، فعليه أحد وعشرون [درهماً] وهو قول محمد.

وقال أبو يوسف: عليه أحد عشر درهماً.

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا قال: له عليّ كذا وكذا درهماً، فعليه عشرون درهماً، ولو قال: عليّ كذا درهماً: لزمه مائة درهم.

وقال المزني عن الشافعي: إذا قال: كذا كذا، أقرّ بما شاء [اثنين][٢] ولو قال: كذا وكذا، أعطاه درهمين [ثم][٣] قال في موضع آخر: في كذا وكذا: [اعطه][٤] درهماً أو أكثر.

وقال عنه الربيع: إذا قال: كذا كذا، أقرّ بما شاء، وإن قال كذا وكذا، فهو درهمان.

قال أبو جعفر: قوله كذا درهماً، يقتضي عدداً (ما)[٥]، فإذا قال كذا كذا درهماً، فهما عددان (يتناولهما هذا الاسم)[٦] وأقله: أحد عشر، وأكثره: تسعة

---

(١) في الأصل وفي م (كذا وكذا) بالعطف، والمثبت من نص السرخسي، إذ ذكر التعليل بقوله: «يلزم أحد عشر درهماً؛ لأنه ذكر عددين مبهمين غير معطوفين». المبسوط، ٩٨/١٨.

(٢) الزيادة من نص المزني، ص ١١٢.

(٣) في الأصل (ولو)، وفي (م): (وقال) والمثبت من المزني.

(٤) في النسختين (اعطه) والمثبت من المزني.

(٥) ساقطة من (م).

(٦) في (م): (فهو عددان اثنان لهما).

عشر، فألزمناه الأقل. وإن قال: كذا وكذا، فقد أدخل بين الكلمتين واو العطف، فيكون أقله أحد وعشرين.

[١٩٢٦] في إخلافه إياه في الجهة[1]:

إذا قال: له عليّ ألف درهم قرض، فقال المقر له: مالي عليك قرض، وإنما هي من ثمن بيع قد قبضته، فالمال لازم.

وقال زفر: لا يلزمه.

آخر كتاب الإقرار

● ● ●

(١) انظر: المبسوط، ١٨/٢٣.

كتاب الدَّعوىٰ[1]

[١٩٢٧] في الشيء يدعيه رجلان[2]:

قال أصحابنا: في دار في يدي رجل ادعاها رجلان، وأقاما البيّنة، فهي بينهما نصفان، وهو قول عبيد الله بن الحسن.

وقال مالك: لا يقضىٰ بها لواحد منهما، وتؤخذ الدار من يد مَنْ هي في يديه، ويقال لهما: احضرا بيّنة أعدل من بيّنتكما! فإن قالا: اقسمها بيننا قسمتها بينهما.

وللشافعي أقاويل في هذه: منها القرعة، ومنها بطلان البيّنتين. / [٢٧٧]

قال أبو جعفر: روى الليث بن سعد، عن بكير بن عبد الله الأشج، عن سعيد بن المسيب (اختصم إلى رسول الله ﷺ رجلان في أمر، فجاء كل واحد منهما بشهداء عدول، على عدة واحدة، فأسهم بينهما، وقال: اللهم أنت تقضي بينهما)[3]. وهذا منقطع.

---

(١) الدعوىٰ لغة: الطلب والتمني، وألفها للتأنيث، وتجمع على دعاوى بفتح الواو وكسرها. انظر: المغرب (المصباح (دعا).
وشرعاً بأنها: «إخبار بحق له على غيره عند حاكم». انظر: مغني المحتاج، ٤/٤٦١؛ مجمع الأنهر، ٢/٢٤٩.

(٢) انظر: المبسوط، ١٧/٣٢؛ المدونة، ٥/١٨٧؛ المزني، ص ٣١٥.

(٣) أخرجه أبو داود في المراسيل بلفظه، ص ١٧٥؛ والبيهقي في السنن الكبرىٰ وزاد (فقضى للذي خرج لهم السهم) وقال «ولهذا شاهد من وجه آخر»، ١٠/٢٥٩.

وقد روى سماك بن حرب، عن تميم بن طرفة (أن رجلين اختصما في بعير، فأتى هذا ببيّنة أنه بعيره، وهذا أنه بعيره، فقسمه النبي ﷺ بينهما)[1]. وهذا أيضاً منقطع.

وروي عن زيد بن أرقم (أن علياً [عليه السلام] استعمل القرعة، في دعوة الولد بين جماعة، وأن رسول الله ﷺ لما بلغه ضحك، ولم ينكره)[2].

ثم روى سماك عن حنش بن المعتمر[3] أن علياً رضي الله عنه قضى في بغلة أقام أحد الخصمين [خمسة][4] شهداء أنها له، نتجت عنده، وأقام الآخر شاهدين، فقسمها بينهما على عدد الشهود)[5].

فلم يستعمل القرعة بعد النبي ﷺ.

وروى علقمة بن مرثد، عن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ: (أن أبا الدرداء قضى في رجلين، أقام كل واحد منهما البيّنة على فرس أنه نتجه: أنه بينهما، وقال: ما أحوجنا إلى سلسلة بني إسرائيل كانت تنزل فتأخذ بعنق الظالم)[6].

وزعم الشافعي: أنه لو قضى بينهما لكان [قد] قضى بخلاف البيّنتين، وهذا [خطأ][7]؛ لأنه لو كان كذلك، لكان استعمال القول حكماً بخلاف التسمية المذكورة في الكتاب.

وقد روى همام، عن قتادة، عن سعيد بن أبي بردة، عن أبيه، عن

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، ٨/ ٢٧٦؛ والبيهقي في السنن، ١٠/ ٢٥٩.
(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، ٧/ ٣٥٩؛ السنن الكبرى، ١٠/ ٢٦٧.
(٣) في (م): (المغنم)، والمثبت هو الصحيح كما في التقريب ١٨٣.
(٤) زيدت من رواية عبد الرزاق في مصنفه.
(٥) عبد الرزاق، ٨/ ٢٧٧، ٢٧٨؛ السنن الكبرى، ١٠/ ٢٥٧.
(٦) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، ولفظه: (ما أحوجكما إلى السلسلة مثل سلسلة بني إسرائيل)، ٨/ ٢٧٦؛ السنن الكبرى، ١٠/ ٢٦٠.
(٧) زيد في الموضعين من (م).

أبـي موسىٰ (أن رجلين اختصما في بعير، فبعث كلّ واحد منهما شاهدين، فقضى النبـي ﷺ بالبعير بينهما)[1].

وروى سعيد بن أبـي عروبة، عن قتادة بإسناده، وقال فيه: (لم يكن لواحد منهما بيّنة)[2].

[وقد][3] روى حماد بن سلمة، عن سماك بن حرب، عن تميم بن طرفة (أن رجلين ادعيا بعيراً، فأقام كلّ واحد منهما شاهدين، فقضى به رسول الله ﷺ بينهما نصفين، قال: فأخبرت بذلك أبا بردة، فكتب به إلى الحَجَّاج فكتب أن أقضي به).

فدل على أنه أخذه عن تميم، لا عن أبيه عن أبـي موسىٰ؛ لأنه لو كان عنده عن أبيه، عن أبـي موسىٰ لما احتاج إلى أخذه عن سماك بن حرب، عن تميم بن طرفة.

[١٩٢٨] في بيّنة الخارج والذي في يده[4] / : [ت ٢٦/أ]

قال أصحابنا: إذا أقام الرجل والذي في يديه البيّنة، فالبيّنة: بيّنة الخارج، إلاَّ في النتاج وما في معناه.

وقال مالك، وعبيد الله بن الحسن، والشافعي: بيّنة الذي في يده أولىٰ. / [٢٧٨]

قال أبو جعفر: لما قال عليه الصلاة والسلام (البيّنة على المدعي)[5].

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ١٠/ ٢٥٩، ٢٥٥.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ١٠/ ٢٥٤.

(٣) زيد من (م).

(٤) انظر: المختصر، ص ٣٥٣؛ المبسوط، ١٧/ ٣٢؛ المزني، ص ٣١٦؛ المدونة، ٥/ ١٨٧.

(٥) أخرجه الشيخان وأصحاب السنن من حديث أبـي هريرة رضي الله عنه. البخاري في التفسير، (إن الذين يشترون بعهد الله...) (٤٥٥٢)؛ مسلم، في الأقضية، اليمين على المدّعى عليه (١٧١١).

أوجب بذلك أنه يستحق بها، ولما كان المدعي هو المسؤول البيّنة على المدعىٰ عليه، دل على أن بيّنته هي المقبولة دون المدعىٰ عليه، ألا ترى أنه لو لم يكن للمدعي بيّنة، فقال المدعىٰ عليه: أنا أقيم البيّنـة أنه لي لأسقط اليمين عن نفسي، لم يلتفت إليه، واستحلف، والفرق بينه وبين النتاج، أن النتاج لا يكون إلاّ مرة واحدة، فثبتت بيّنة المدعىٰ عليه في كذب بيّنة المدعي.

[١٩٢٩] إذا دعى كل واحد من الذي في يده والخارج الشراءَ من صاحبه[1]:

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: تتهاتر البيّنتان ويترك في يد من هو في يده.

وقال محمد، وزفر، ومالك، والشافعي: يقضىٰ به للذي في يديه.

[١٩٣٠] في بيّنة المِلك هل يحتاجون أن يقولوا: لا نعلمه خرج من مِلكه[2]:

قال أصحابنا: إذا شهدا بالملك لم يحتاجا أن يقولا: لا نعلمه خرج من ملكه، ولا يستحلف المدعي أيضاً على ذلك.

وروى بشر، عن أبي يوسف: أن القاضي يستحلف [المشتري] في العيب ما باعه، ولا عرضه على بيع، ولا رضي ذلك العيب منذ رآه، وإن لم يسأله البائع استحساناً.

وقال مالك: على المدعي (إن أتى بيّنة تشهد أنه له، لا يعلمون أنه باع ولا وهب[3]، ويحلف المدعي ما باع ولا وهب، ولا أخر[جه][4] عن يده بوجه

(١) انظر: المبسوط، ١٧/ ٦٠؛ المزني، ص ٣١٦؛ الكافي، ٤٨١.
(٢) انظر: المختصر، ص ٣٥٢؛ المدونة، ٥/ ١٩٦، ١٩٧؛ الكافي، ٤٨١.
(٣) في (م): (أن يأتي ببيّنة تشهد أنه لا باع ولا وهب).
(٤) في الأصل: (أخرجوه)، والمثبت من (م).

من الوجوه، وإن شهدت البيّنة بالملك ولم يقولوا: لا نعلمه باع ولا وهب، استحلفه المدعي بالله[1] ما باع ولا وهب على ما وصفنا.

وقال الشافعي: ولا أعطي المشهود لها (بالزوجية)[2] من ميراث الزوج، إلاَّ بأن يشهدوا بأن زوجها قد مات وهي له زوجة، (لا يعلمونه فارقها)[3]، وهذا يدل من قوله على أن شهود الملك يشهدون [له[4] أنهم] لا يعلمون أنه باع ولا وهب.

قال أبو جعفر: لما جاز للشهود أن يشهدوا بملك علموه مع جواز زواله، ولم يكلفوا علم الغيب، وجب على الحاكم قبول شهادتهم بالملك، وإن لم يشهدوا أنهم لا يعلمونه باع ولا وهب.

[١٩٣١] في اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن:

قال أبو حنيفة ومحمد وزفر: إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول: قول المشتري فيه، وإن أقاما بيّنة فالبيّنة: بيّنة الشفيع.

وقال أبو يوسف: البيّنة: بيّنة المشتري، وهو قول الشافعي.

وقال مالك: القول: قول المشتري إلاَّ أن يأتي بما لا يشبه، فلا يصدق إلاَّ أن يكون مثل هؤلاء الملوك، يزيد في الثمن لرغبته في دار لصيقة، وإن أقاما بيّنة سقطتا، وصارا كمن لا بيّنة لهما، فيكون القول، قول المشتري. / [٢٧٩]

[١٩٣٢] في دعوى الأجل في الثمن:

قال أصحابنا: إذا ادعى المشتري أجلاً في الثمن وأنكره البائع، فالقول:

---

(١) في (م): (بأنه).

(٢) ساقطة من (م).

(٣) في (م): (لا يعلمون أنه فارقها).

(٤) في الأصل: (أنه له)، والمثبت من (م).

قول البائع، وكذلك إذا قال: لك عليّ ألف إلى شهر، وقال الآخر: حالّ، فالقول: قول المقر له.

ولو قال: ضمنت لك ألفاً إلى شهر، فالقول: قول المقر، وهو قول زفر.

وروى ابن سماعة والحسن، عن أبي يوسف: أنه لا يصدق على الأجل في الكفالة أيضاً.

وقال مالك: إذا ادعى المشتري أجلاً قريباً لا يتهم في مثله، فالقول: قوله، وإلاَّ فالقول: قول البائع أنه حالّ، إلاَّ أن [يكون] المعروف في تلك السلعة ما قال المشتري، وفي القرض القول: قول المقرض.

[١٩٣٣] في دعوى الغلام أنه عبده[١]:

قال أصحابنا: في صبيّ لا يعبر عن نفسه في يدي رجل ادعى الرجل أنه عبده، فشب الغلام، وقال: أنا حرّ، فالقول: قول الذي في يده، وإن كان يعبر عن نفسه فقال: أنا حرّ، فالقول: قول الصبيّ.

وعلى قول مالك: القول: قول الرجل في الوجهين، ولا يقبل قول الصبيّ إذا علم أنه في يده يخدمه، وإذا كان متعلقاً به، لا يعلم أنه يخدمه، فالقول: قول الصبيّ.

وقال الشافعي: إذا كان لا يتكلم، فالقول: قول الرجل، بمنزلة الدابة.

[١٩٣٤] في دعوة اللقيط[٢]:

قال أصحابنا: إذا ادعى لقيط نفسه، أو لقيط غيره، فهو مصدق.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٧/٧٩، ٨٠.

(٢) اللقيط: مأخوذ مما يلقط: أي يرفع من الأرض، «وأصله: الأخذ من حيث لا يحس»... وقد غلب اللقيط على المولود المنبوذ؛ لأنه على عَرَض أن يلقط. انظر: المغرب؛ المصباح (لقط).
انظر: المبسوط، ١٧/١٢٩؛ الكافي، ص ٤٨٣؛ المزني، ص ٣١٧.

وقال مالك: في اللقيط يدّعيه رجل، أنه لا يقبل منه إلاَّ ببيّنة إلاَّ أن يكون قد عرف أنه لا يعيش له ولد، ويزعم[1] أنه فعله، ولذلك فيقبل قوله، والذي التقطه وغيره سواء، وكذلك المرأة، وإن بلغ اللقيط فأقرّ بالرِق لرجلٍ، لم يصدق؛ لأنه حر.

وقال الشافعي: إذا ادّعاه الذي وجده، صدق، وإن ادعاه [آخر][2] أرى القافة.

[١٩٣٥] في البيّنة على النسب[3]:

قال أصحابنا: إذا ادعى أنه أبوه، أو هذه أمه، قبلت ببيّنة، وإن لم يدع حقاً، وإن ادعى أنه أخوه (أو جده)[4]، لم تقبل إلاَّ أن يدعي حقاً.

وقال مالك: تقبل بينته إذا ادعى أنه ابنه، أو أبوه، أو أخوه، أو أمه.

وقال الشافعي: إذا قالت: ولدت هذا الولد من أخيك المتوفىٰ، قبلت [بينتها[5]]، ولم يذكر دعوى حق.

[١٩٣٦] في المرأة تدعي ولداً[6]:

قال أصحابنا: لا تقبل دعواها إلاَّ أن تشهد امرأة على الولادة.

وقال مالك والثوري: لا يقبل قولها إلاَّ ببيّنة.

(وقال الشافعي: مثل ذلك)[7].

---

(١) في (م): (زعَم).

(٢) في الأصل: (أقر)، والمثبت من (م).

(٣) انظر: المبسوط، ١٧/١٦٨؛ المدونة، ٥/١٧٩.

(٤) ساقطة من (م).

(٥) في الأصل: (بيّنتهما)، والمثبت من (م).

(٦) انظر: المبسوط، ١٧/١١٢؛ الإشراف، ١/٣٠٢.

(٧) ساقطة من (م).

قال أبو جعفر: وقال بعض البصريين تقبل دعوة المرأة بغير بيّنة [كدعوة][1] الرجل.

[ت ٢٧/أ]

[١٩٣٧] في اختلاف الابنين في دين الأب الميت[2] / :

قال أصحابنا: إذا أقرّ الابنان أن أباهما ترك هذه الدار ميراثاً، فقال المسلم: مات أبي مسلماً، وقال الكافر: مات أبي كافراً، فالقول: قول المسلم، وإن أقاما البيّنة: (فالبيّنة بيّنة المسلم أيضاً)[3].

وقال مالك: الدار بينهما نصفان، وكذلك إن أقاما البيّنة،

وقال الشافعي: إذا لم يقم البيّنة وقف الأمر حتى [يصطلحا][4]، أو يعلم، وإن أقاما بيّنة ففيه قولان: أحدهما: القرعة، والآخر: [الوقف][5].

[١٩٣٨] فيمن قال لعبدين له أحدهما[6] ابني[7]:

قال أصحابنا: إذا قال لعبدين له: أحدهما ابني، ثم مات، لم يثبت نسب واحد منهما، وعتق من كل واحدٍ نصفه، ويسعىٰ في نصف قيمته، وكذلك أمهاتهما.

---

(١) في الأصل: (كدعوى)، والمثبت من (م)، والدعوة: «بالكسر في النسبة، يقال دعوته بابن زيد».
«ويقال: فلان دَعِيّ، بين الدِعوة ـ بالكسر ـ إذا ادعى غير أبيه».
انظر: المغرب، المصباح، (دعا).

(٢) انظر: المبسوط، ١٧/٤٨، ٤٩؛ المدونة، ٥/١٩١؛ الكافي، ٤٨٣؛ المزني، ٣١٤.

(٣) في (م): (فالقول قول المسلم أيضاً).

(٤) في الأصل: (يصطلحوا)، والمثبت من (م).

(٥) في الأصل: (الوقوف)، والمثبت من (م).

(٦) في (م): (أحدكما).

(٧) انظر: المختصر، ص ٣٥٨؛ الكافي، ٤٨٣؛ المزني، ٣٢٠، ٣٢١.

وقال ابن أبي ليلىٰ: يثبت نسب أحدهما، ويرثان ميراث ابن، ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته.

وقال عثمان البتي: يوقف المال حتى تثبت أنسابهما.

وقال سوار: يقسم المال بينهما، وأنفق عليهما حتى يثبتا.

قال مالك: لا يثبت النسب، وتثبت حرية أحدهما، (بقوله: أحدكما)[1] حر، وذلك إذا كان في الصحة، ويعتق بالسهم.

قال الشافعي: يُرى القافة، وإن لم تكن قافة، أقرع بينهما، فأيهما خرج سهمه، عتق وأمه.

[١٩٣٩] إذا ولدت في ملكه ثلاثة أولاد في بطون مختلفة فادعى أكبرهم[2]:

قال زفر: يثبت نسبهم جميعاً.

وقال سائر أصحابنا: يثبت نسب الأكبر دون الآخرين، والأم أم ولد، والآخران بمنزلتها.

وقال الشافعي: إذا قال في ذلك أحد هؤلاء ولدي، أقرع بينهم.

وقال المزني: إن أراد الأكبر فهو حر، والآخران بمنزلة أم الولد.

قال أبو جعفر: وروى سليمان، عن أبيه في إملاء محمد، قال محمد: إذا قال لجاريته: إن ولدت غلاماً، أول ما تلدين فأنت حرة، فولدت غلاماً وجارية، لا يدري أيهما أول، أنه لا يعتق منه[3]. أحد وترك[4].

---

(١) في (م): (لقوله أحدهما).

(٢) انظر: المختصر، ص ٣٥٩.

(٣) في (م): (منهما).

(٤) ساقط من (م).

وقول أبي حنيفة وأبي يوسف: وإن الجارية وابنتها تعتق من كل واحدة نصفها، ويسعىٰ في نصف قيمتها، والغلام مملوك.

قال ابن أبي عمران: وهو القياس؛ لأنا لا نعلم وقوع العتق، وإنما نستعمل الأحوال في عتق قد تيقن وقوعه، وجهل مستحقه.

[١٩٤٠] في دعوى الرجعة بعد العدة[1]:

قال أصحابنا: إذا قال لها بعد انقضاء العدة: قد كنتُ راجعتكِ، فصدقته، ثبتت الرجعة، ولو قال لها[2]: راجعتك، فقالت مجيبة له: قد انقضت عدتي، لم تثبت الرجعة في قول أبي حنيفة[3]. وتثبت في قولهما.

[٢٨١] وقول مالك في هذا كقول أبي حنيفة[4]. /

[ت ٢٧/ب] قال مالك: إذا قال بعد انقضاء العدة قد كنت / راجعتها، لم يصدق، إلاَّ أن يعلم أنه قد كان يدخل عليها ويخرج في العدة.

[١٩٤١] في رجلين تنازعا امرأة:

قال أصحابنا: إذا أقاما البيّنة وكانت في يد[5] أحدهما، فهو أولىٰ، كذلك إن دخل بها، وكذلك إن أقرت [به][6] لأحدهما.

---

(١) انظر: المختصر، ص ٢٠٥، ٢٠٦؛ المدونة، ٢/ ٣٢٤، ٣٢٥؛ الكافي، ٢٩٢.
(٢) في (م): زيادة (قد).
(٣) وقال الطحاوي في المختصر: «إن قال لها قد راجعتك، فقالت: قد انقضت عدتي قبل ذلك، لم تصدق، ولزمتها الرجعة، وإن قالت: قد انقضت عدتي، فقال لها: قد راجعتك قبل ذلك، لم يصدق، وكانت بائناً منه».
(٤) وفي الكافي: «لم يقبل قوله إلاَّ بالبيّنة».
(٥) في (م): (بيت).
(٦) زيدت من (م).

وقياس قول مالك على ما قال ابن القاسم: إن إقرارها وإنكارها سواء، فإذا عُدّلت البينتان فسخت النكاح بينها وبينهما، وكانت فرقتهما تطليقة.

وقال الشافعي: يرجع إلى قولها في ذلك، فإن جحدت لم يلزمها نكاح واحد منهما، ولا يلتفت إلى الدخول في شيء من ذلك.

قال: وإن أقرت لأحدهما ألزمته النكاح بعد أن أحلفها للثاني، فإن أبت أن تحلف ردّت اليمين على الآخر، فإن حلف أبطلت نكاحه ونكاح الآخر؛ لأنها أقرت لأحدهما، ونكلت عن اليمين للآخر، فإن أبىٰ أن يحلف كان النكاح للأول.

قال أبو جعفر: إذا لم تقر لأحدهما بطل النكاحان جميعاً؛ إذ ليس أحدهما بأولىٰ من الآخر، ولا يجوز أن يثبتا، فإذا أقرت به لأحدهما صار كإقرارها به، لو لم يكن لهما بيّنة، فيقبل إقرارها.

وقول الشافعي: إنها تستحلف للثاني بعد إقرارها للأول؛ فاسد؛ لأنها لو أقرت به للثاني؛ لم تصدق، فكيف تستحلف؟

[١٩٤٢] فيمن خلا بامرأته وهي حائض[١]:

قال أصحابنا: إذا خلا بها وهي حائض، أو مُحْرِمة، أو نحو ذلك، أو الرجل مُحرم، أو صائم في رمضان، ثم طلّقها، فعليه نصف المهر.

وقال[٢] مالك: إذا خلا بها وهي حائض وادّعت الجماع، وقد طلّقها، فلها جميع المهر، والقول: قولها.

قال: وكذلك الرجل يغتصب المرأة نفسها، ويدخلها بيتاً[٣] والشهود

(١) انظر: المبسوط، ٥/ ١٥٠؛ المدونة، ٢/ ٣٢٢؛ المزني، ١٨٣؛ المهذب، ٢/ ٥٨.
(٢) في (م): زيادة (محمد)، إلاّ أنني لم أجد خلافاً بين الحنفية في المسألة.
(٣) في المدونة: «فيحملها فيدخلها».

ينظرون ثم خرجت، فقالت: قد وطئني[1]، فعليه الصداق، ولا حد عليه.

والشافعي: لا يعتبر الخلوة في ذلك، ولا يوجب كمال الصداق إلاَّ بالدخول.

قال أبو جعفر: الخلوة على الوجه الذي ذكرنا لا تبيح الوطء، فوجودها كعدمها.

[١٩٤٣] في الخلوة الصحيحة الموجبة للمهر، هل توجب الرجعة[2]:

قال أصحابنا: إذا خلا بها وقال: لم أجامعها، فلا رجعة وعليه المهر.

وقال مالك: إذا قال قد جامعتها، فلا رجعة له، وعليها العدة[3].

وقال الليث: إذا أتاها فيما دون الفرج، فلها الصداق، وله الرجعة إذا عُلم أنه كان يأتيها في أهلها.

[١٩٤٤] فيمن باع حبلىٰ وادّعى ولدها[4]:

قال أصحابنا: إذا حبلت الجارية في ملكه، فباعها، وولدت عند المشتري، وادعى البائع / (ولدها)[5]، صدق وفسخ البيع، وإن كان اشتراها [٢٨٤] وهي حبلىٰ، (فولدت ثم باع الأم، أو باعها وهي حبلى)[6] فولدت عند المشتري

---

(١) في المدونة: «فقالت: قد غصبني نفسي، وأنكر الرجل ذلك».

(٢) انظر: المبسوط، ١٤٨/٥، ١٤٩؛ المدونة، ٣٢٠، ٣٢١.

(٣) وكذلك ــ قال مالك ــ إذا خلا بها ثم طلقها، فقال: لم أمسها وصدقته المرأة: «لها نصف الصداق... وعليها العدة كاملة، ولا يملك زوجها رجعتها؛ لأنه أقر أنه لم يمسها». المدونة.

(٤) انظر: المبسوط، ١٧/١٠١؛ الكافي، ٤٨٣.

(٥) في (م): (الولد).

(٦) ساقطة من (م).

الثاني، ثم ادّعى المشتري الأول الولد، لم يصدق إذا كان قد باع الولد، وإن باع الأم وحدها صدق في الولد، ولم يفسخ البيع في الأم.

ثم قال زفر: إذا اشترى جارية وولدها ثم باع الجارية، ثم ادعى الولد / [ت ٢٨/أ] وهو في ملكه، وقد ولد في غير ملكه، فهو مصدق، وتردّ الأم إليه، وتكون أم ولد له.

وقال مالك: إذا باع صبيّاً صغيراً ثم ادعاه، فهو مصدق، سواء ولد عنده أو لم يولد إلاّ أن يأتي بأمر يستدل به على كذبه.

وقال الثوري: إذا ولد عنده ثم باعه، صدق ورد عليه إلاّ أن يكون المشتري أعتقه.

وروى الثوري، عن ربيعة، عن عمر بن عبد العزيز: أنه إذا باع ثم ادعى [أنه][1] ابنه، ثبت نسبه، ولا يرد عليه.

وقال الأوزاعي فيمن باع جارية ومعها ابن لها، فاستولدها المشتري ثم ادعى الذي باعها أن ولدها كان منه، فإنه يحلف أنه ولده، ثم ألحق به وأمه ويلحق بالمشتري ولده منها، ويرد البائع الثمن على المشتري، ولو باع عبداً ثم ادعى أنه كان أعتقه، وقد كان المشتري أعتقه أو لم يكن أعتقه فإنه حُرّ، ويرد ثمنه إلى المشتري.

ولم يقل بذلك أحد غير الأوزاعي في العتق.

وقال الحسن بن حيّ: إذا باع أمة ثم قال: قد كانت ولدت مني، فسخ البيع فيها، وكانت أم ولد له، سواء كان لها ولدٌ أو لم يكن. ولم يقل بذلك غيره أحد.

وقال الليث: إذا باع غلاماً ولدته جارية له، ثم قال: هو ابني، فإنه يرد إليه، ويفسخ البيع.

---

(١) زيدت من (م).

وقال الربيع عن الشافعي في البويطي: إذا ادعى البائع أن الحمل منه، وقد كان أقر بوطئها قبل بيعها، ولم يطأها المشتري، صدق، وفسخ البيع إذا أمكن أن يكون الحمل منه، وإن كان لا يمكن أن يكون منه، لم يصدق.

وإن ادّعى الاستبراء بعد الوطء، فجاءت بولد عند المبتاع لأقل من ستة أشهر، لحق به؛ لأن الحبلىٰ تحيض، وإن كانت لأكثر من ستة أشهر لم أفسخ البيع، وألحقت به الولد إن ادعاه، وجعلته ابنه عبداً للآخر.

وقال المزني في مختصره عنه: لو رهنه جارية فوطئها قبل القبض، وظهر بها حمل فأقرت به، كانت خارجة من الرهن.

قال أبو جعفر: لا يختلفون في جارية بين رجلين جاءت بولد، فادعاه أحدهما أنه يثبت نسبه، وعليه نصف قيمة الجارية، ونصف العقر، وأنه ليس عليه من قيمة الولد شيء، فلما كان العلوق في ملكه استندت الدعوة إلى حال العلوق، فكان مصدقاً، كذلك الحبلىٰ إذا بيعت.

[١٩٤٥] إذا ادعى الولد بعد العتق(١):

[٢٨٥] قال أصحابنا: إذا / باع أمة حاملاً، فولدت عند المشتري، فأعتقها ثم ادعى البائع الولد، صدق، وكان الولد حراً، يرد إليه بحصته من الثمن، ولا يصدق على الأم.

وعن مالك نحو ذلك، إلاَّ أنه قال: يأخذ البائع الولد بالقيمة.

وقال الشافعي: إذا لم يعلم وطئه لها قبل بيعه، لم تقبل دعوته، وإن لم يعتق.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٧/ ١٠٢، ١٠٣؛ الكافي، ٤٨٣.

[١٩٤٦] إذا قال: ما كان لك عليّ شيء قط، ثم يقيم البيّنة أنه قضاه[١]:

/ قال أصحابنا: إذا ادعى على رجل مالاً، فقال المدعىٰ عليه: ما كان لك [ت ٢٨/ب] عليّ شيء قط، فأقام المدعي البيّنة: بألف، وأقام المدعى عليه البيّنة: أنه قضاها، فإنه تقبل منه.

ولو كان قال: ما كان لك عليّ شيء قط، ولا أعرفك، لم تقبل بينته على القضاء.

وقال ابن شبرمة: إذا قال: ما كان لك عليّ شيء قط، وأقام على الإنكار لم تقبل بيّنته على القضاء. وإذا قال: ما له عليّ شيء، قبلت بعد ذلك بيّنته على القضاء.

وفرق بين هذا وبين قوله: ما كان له عليَّ شيء قط، أو ما أقرضني أو ما غصبني، [إذا][٢] ادعاه المدعي.

وقال الحسن بن حي: إذا قال: ما كان له عليّ شيء قط، لم أقبل بعد ذلك دعواه للمخرج[٣]، ولا أسأل المدعي عن دعواه. ولو أقر ثم ادّعى أنه كان أدّى، سأل خصمه، فإن أقرّ ألزمه، وإن أنكر استحلفه.

وقال ابن أبي ليلىٰ: إذا أنكر الخصم الدعوى ثم جاء بشهادة شهود على المخرج منها، لم أقبل منه بعد الإنكار، وذلك أن يقول: ما له قبلي شيء، فيقيم الطالب البيّنة على ماله، ويقيم الآخر بينته أنه قد أوفاه إياه.

وقال ابن أبي ليلىٰ: إن ادعى قِبَل رجل دعوى، فقال المدعىٰ عليه: عندي منها المخرج، إن هذا إقرار منه بها، فإن جاء بمخرج وإلاّ ألزم الدعوىٰ.

---

(١) انظر: المختصر، ص ٣٦٢، ٣٦٣.

(٢) في الأصل: (أو)، والمثبت من (م).

(٣) في (م): (للجرح).

وقال أبو حنيفة: ليس هذا بإقرار منه لما ادعى عليه؛ لأنه قد يكون عنده أبراه من الحق ومن الباطل، وهو قول الشافعي.

وقال الشافعي: إذا قال: ما له عليّ شيء، قبلت منه البيّنة على المخرج.

قال أبو جعفر: قوله: ما كان له عليّ شيء قط، لا ينفي بيّنته على القضاء؛ لأن المقضىٰ يصير قصاصاً بما حكم به عليه، فبينته مقبولة.

وقال ابن أبـي عمران: القياس أن تقبل بيّنته، وإن قال: ما أعرفك، إذا جاز أن يكون وجب عليه بمراسلة بينه وبينه من غير رؤية، ثم قضاه بمثل ذلك.

وقال ابن أبـي عمران: وقد كان غير واحدٍ من أهل النظر من متأخري أصحابنا يذهبون إلى هذا.

آخـر كتاب الـدعـوىٰ

● ● ●

كتاب الشفعة[1]

[١٩٤٧] في الشفعة بالجوار[2]:

قال أصحابنا: الشريك في المبيع أحق من الشريك في الطريق، [ثم][3] الشريك في الطريق [ثم][3] الجار الملاصق، وهو قول ابن شبرمة، والثوري، والحسن بن حيّ.

وقال مالك والشافعي: لا شفعة إلاَّ في مشاع، ولا شفعة في بئر لا بياض لها، لا يحتمل القسمة.

وروى أبو عاصم، عن مالك، عن الزهري، عن سعيد وأبـي سلمة، عن أبـي هريرة، قال: (قضىٰ رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة)[4].

وكذلك رواه عن مالك[5] عبد الملك بن عبد العزيز الماجشون.

---

(١) الشفعة لغة من الشفع، وهو الضم، سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى ملك الشفيع.
وشرعاً هي: «تملك البقعة جبراً بما قام على المشتري بالشركة والجوار». التعريفات (شفع). انظر: المغرب، المصباح، أنيس الفقهاء، ص ٢٧١.

(٢) انظر: المختصر، ص ١٢٠؛ المدونة، ٥/ ٤٠٢؛ المزني، ١١٩، ١٢٠.

(٣) زيد من (م)، وتناسب الزيادة مع نص الطحاوي في المختصر.

(٤) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/ ١٢١.

(٥) في نسخة (م): زيادة (ابن أبـي قتيلة المدني)، ولم أقف في الرواة المشهورة عن مالك من اسمه ابن أبـي قتيلة.

قال أبو جعفر: وهذا أصله عن ابن المسيب بغير ذكر لأبـي هريرة، كذلك [ت ٢٩/أ] هو في موطأ مالك / وكذلك رواه عنه الأثبات: القعنبـي وابن وهب[(١)].

وقد روى معمر عن الزهري، عن أبـي سلمة عن جابر، قال: (قضى رسول الله ﷺ [بالشفعة، في كل ما لم يقسم][(٢)] فإذا وقعت الحدود وصرّفت الطرق، فلا شفعة).

فشرط صرف الطرق ونفى الشفعة.

[١٩٤٨] إذن الشفيع في البيع، هل يبطل الشفعة؟

قال أصحابنا، ومالك، والحسن بن حي، والليث، وابن شبرمة، والشافعي: إذا أذن له الشفيع في البيع، فباعه، فله الشفعة، وإن قال: لا حاجة لي في الشفعة.

وعن الثوري روايتان: إحداهما: له الشفعة، والأخرى: لا شفعة.

وقال عثمان البتي: لا شفعة له.

وروى أبو الزبير، عن جابر عن النبـي ﷺ: (الشفعة في كل شرك بأرض أو ربع، أو حائط، لا يصلح أن يبيع، حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع)[(٣)].

فإن قال قائل: هذا يدل على ثبوت حق الشفيع قبل البيع، فإذا سلمه جاز تسليمه.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، ٧١٣/٢.

(٢) في الأصل: (في كل مال لم يقسم بالشفعة)، والمثبت من رواية الطحاوي في المعاني، ٢٢/٤؛ وأخرجه النسائي بلفظ (وعُرِفت الطرق) في البيوع، ذكر الشفعة وأحكامها، ٣٢١/٧.

(٣) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ١٢٠/٤؛ ومسلم في المساقاة باب الشفعة، (١٦٠٨).

قال أبو جعفر: لا دلالة فيه على ما ذكر[1]؛ لأنه إنما أراد تخفيف المؤونة في استئناف أخذ الشفيع بعد بيعه من المشتري.

[١٩٤٩] في الشفيع يعلم بالبيع[2]:

قال أصحابنا، والحسن بن حي: إن لم يطلب مكانه بطلت شفعته، وقال الحسن بن زياد: إذا أشهد أنه على شفعته، ولم يقم بها فيما بينه وبين أن يصل إلى القاضي، فقد أبطل شفعته.

وقال الحسن: وأما أبو حنيفة فقال: ثلاثة أيام.

وروى محمد عن أبي حنيفة: أنه على شفعته أبداً.

وقال محمد: إنه إذا تركها بعد الطلب شهراً، بطلت.

وقال أبو يوسف: إذا أمكنه أن يطلب عند القاضي ويأخذه، فلم يفعل، بطلت.

وقال ابن أبي ليلىٰ: إذا علم بالبيع، فهو بالخيار ثلاثاً.

قال الشعبي: يوماً.

وقال عثمان البتي: ثلاثاً.

وقال مالك: إذا علم بالشراء، فلم يطلب حتى طال بطلت، والسنة ليست بكثير وله أن يأخذ، وهذا في الحاضر، فأما الغائب فلا تبطل شفعته.

وقال الثوري: إذا لم يطلبها أياماً، بطلت شفعته، وذكر المعافى عنه ثلاثة أيام.

---

(١) في (م): (ذكره).

(٢) انظر: المختصر، ص ١٢٠؛ اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ، ٣٦؛ المزني، ص ١٢٠؛ المدونة، ٥/٤٠٤؛ القوانين، ٣١٣، ٣١٤.

وقال الأوزاعي، والحسن بن حي، والليث، وعبيد الله بن الحسن، والشافعي: إذا لم يطلب حين علم، بطلت.

وقال شريك: إذا علم فلم يطلب، فهو على شفعته، أو سكت حتى يطلب، أو يقول قد تركت.

قال أبو جعفر: قول شريك خارج من أقاويل الفقهاء، وقال الشعبي: من بيعت شفعته وهو شاهد لا ينكر، فلا شفعة له. وكان قول شريك شاذاً، وثبت قول الآخرين، فينبغي أن يستوي قليل الوقت وكثيره في بطلان الشفعة به / إذا ترك الطلب فيه. [ت ٢٩/ب]

[١٩٥٠] في عهدة[1] الشفيع[2]:

قال أصحابنا: إذا أخذ الدار من البائع فعهدته عليه، وإن أخذها من المشتري فعهدته على المشتري.

وقال ابن أبي ليلىٰ، وعثمان البتي: عهدته على البائع؛ لأن الشفعة وجبت يوم اشترى الشفيع.

وقال مالك: عهدته على المشتري قبض أو لم يقبض في رواية أسد.

وقال ابن عبد الحكم عنه: وعهدته على الذي يؤخذ منه.

وقال الثوري: عهدته على المشتري، وهو قول الليث.

---

(١) العهدة: قال الجوهري: «والعهدة: كتاب الشراء، ويقال: عهدته على فلان: أي ما أدرك فيه من دركٍ فإصلاحه عليه». الصحاح (عهد).
وقال الفيومي: «وقولهم عهدته عليه من ذلك؛ لأن المشتري يرجع على البائع بما يدركه» المصباح (عهد). عهدة الشفيع: «هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بعيب، أو أرشِ عيب» المغني، ٥/ ٥٣٤.

(٢) انظر: المختصر، ص ١٢١؛ المبسوط، ١٤/ ١٠١؛ الاختلاف، ٣٧؛ المدونة، ٥/ ٤٠٥؛ المزني، ص ١٢٠.

وقال الحسن بن حي: عهدته على من أخذ منه الدار.

وقال الشافعي: عهدة المشتري على البائع، وعهدة الشفيع على المشتري.

[١٩٥١] في الصفقة تجمع ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه:

قال أصحابنا: إذا اشترى بيتاً، ورحىً ومتاعاً، فإن الشفيع، يأخذ البيت وما في البناء، ولا يأخذ ما لم يكن[١] في البناء.

قال أبو جعفر: وروي عن أبي حنيفة قول شاذ: إن الشفعة واجبة في جميع ما ضمَّته الصفقة، سواء كان مما لو أفرد وجبت فيه الشفعة أو لم تجب، إذا كان في الصفقة ما تجب فيه الشفعة. (وذكر رواية عنه)[٢]: أنه رجع عن ذلك القول الأول الذي ذكرناه، وهو قول مالك، والشافعي.

وقال سوار بن عبد الله، وعبيد الله بن الحسن: فيمن باع دارين صفقة، ثم جاء شفيع إحداهما، فإن شاء أخذهما جميعاً.

[١٩٥٢] في الأجل يثبت للشفيع[٣]:

قال أصحابنا: إذا اشترى داراً بثمن مؤجل، فإن شاء الشفيع: صبر حتى يحل الأجل ثم يأخذ، وإن شاء أخذها بالثمن حالاً، وهو قول الثوري، والشافعي.

وقال مالك، والبتيّ: إذا كان مليئاً أخذها بالثمن إلى أجله، وإن كان مخوفاً، فإن جاء على ثقة مثل الذي اشترى منه فذلك له.

---

(١) في (م): (ما لا يكون).

(٢) في (م): (قال وذكر في رواية أنه).

(٣) انظر: المزني، ص ١٢٠؛ الإفصاح، ٢/ ٣٧.

[١٩٥٣] في بيع الخيار(١):

قال أصحابنا: إذا كان خيار الشرط للبائع، فلا شفعة، وإن كان للمشتري: ففيه الشفعة، وهو قول الشافعي.

[٢٨٨] وقال مالك في خيار المشتري: لا شفعة حتى يتم البيع. /

[١٩٥٤] في التزويج والخلع(٢):

قال أصحابنا: لا شفعة في المهر والجعل في الخلع، والصلح من دم العمد، والإجارة.

وقال ابن أبي ليلىٰ، وابن شبرمة، ومالك: إذا تزوجها على نصف الدار أخذها الشفيع بقيمة الشقص.

وقال الشافعي: يأخذها بمهر مثلها.

[١٩٥٥] [في شفعة الصبيّ(٣):

قال سائر الفقهاء: للصبيّ الشفعة يأخذها وليه](٤)، وقال ابن أبي ليلىٰ: لا شفعة للصغير.

[١٩٥٦] في الشفعة للنصراني(٥):

قال أصحابنا، ومالك، والثوري، والشافعي: المسلم والذمي في الشفعة سواء.

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٢٤؛ الكافي، ٤٣٩؛ المزني، ص ١٢٠.
(٢) انظر: المختصر، ص ١٢١؛ المزني، ص ١٢٠.
(٣) انظر: المختصر، ص ١٢٤؛ المدونة، ٥/٤٠٣؛ الإشراف، ١/٤٦.
(٤) ساقطة من (ت)، والمثبت من (م).
(٥) انظر: الإشراف، ١/٤٨؛ الإفصاح، ٢/٣٧.

وقال الحسن بن صالح: لا شفعة لهم في أمصار المسلمين التي ابتدأها المسلمون؛ لأنهم لا يجوز لهم سكناها ولا ملكها، ولهم الشفعة في القرىٰ.

[١٩٥٧] / في الشفعة في الهبة[١]: [ت ٣٠/أ]

قال أصحابنا: إذا وهب له داراً على غير شرط عوض، ثم عوَّضه، لم يجب فيها شفعة.

وقال ابن أبي ليلىٰ: فيها الشفعة.

وقال مالك، والشافعي: إذا وهبها رجاء الثواب ثم عوَّضه، فللشفيع الشفعة وهو قول الحسن بن حي.

وذكر ابن القاسم، على مذهب مالك: أنه إن وهبه[٢] لصلة رحمٍ، أو صدقةٍ، فلا شفعة فيه، وإن أثابه الموهوب له.

[١٩٥٨] في الهبة على شرط العوض:

قال أصحابنا: إذا وهب على شرط عوض، فلا شفعة حتى يتقابضا، فإذا تقابضا كان بمنزلة البيع.

وقال زفر: هو بيع، تقابضا أو لم يتقابضا وفيه الشفعة، وهو قول مالك والشافعي.

[١٩٥٩] في الشريك الأدنىٰ:

قال أصحابنا: إذا ورث جماعة داراً بينهم، ثم مات بعضهم وترك ورثة، فباع بعضهم نصيبه، فالشركاء في الدار إسوة في الشفعة، وهو قول الشافعي.

وقال مالك: الشركاء في ميراث الميت الآخر أحق بالشفعة.

---

(١) الإشراف، ١/٥٨؛ الإفصاح، ٢/٣٨.

(٢) في (م): (وهب).

[١٩٦٠] في الصفقة تضم الدارين[1]:

قال أصحابنا: إذا اشترى دارين صفقة واحدة لهما[2] شفيع، فإن شاء أخذهما جميعاً، وإن شاء ترك.

وذكر ابن سماعة أيضاً عن محمد [قال][3]: وهو قولهم [وقول][4] مالك.

وقال زفر: للشفيع أن يأخذ إحداهما دون الأخرىٰ إن شاء.

[١٩٦١] في الجماعة يشترون الدار[5]:

قال أصحابنا: للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم دون الآخر[ين][6] ولو كان البائع[7] اثنين والمشتري واحداً، لم يكن له أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر.

[٢٨٩] وقال مالك: / ليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر في المسألتين جميعاً.

وقال الشافعي: له أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر في المسألتين جميعاً.

[١٩٦٢] في الشفعة بالدار التي فيها الخيار[8]:

قال أصحابنا: إذا اشترى داراً على أنه بالخيار ثلاثاً، فبيعت دار إلى جنبها، فأخذها بالشفعة، كان رضاً بالبيع، ولو كان الخيار للبائع، فأخذها بالشفعة، كان نقضاً للبيع.

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٢٢؛ المدونة، ٥/٤١٨.
(٢) في (م): (دلهما).
(٣) زيد من (م)، وساقط في الأصل.
(٤) في الأصل: (وهو قول)، والمثبت من (م).
(٥) انظر: المبسوط، ١٤/١٠٤؛ المزني، ص ١٢١؛ المدونة، ٥/٤٠٧.
(٦) في الأصل: (الآخر)، والزيادة من (م).
(٧) في (م): (البيع من).
(٨) انظر: المبسوط، ١٤/١٤٢؛ الإشراف، ١/٥٣.

وقال مالك: الشفعة لمن يصير له الشقص الذي فيه الخيار، وإن نقض البيع فللبائع، وإن تم فللمشتري.

[١٩٦٣] في المشتري يبني أو يغرس[١]:

قال أصحابنا: إذا بنى المشتري أو غرس، فللشفيع أن يأمره بقلع ذلك، ويأخذه [بالزرع][٢]، يدعه حتى يستحصد ثم يأخذ.

وقال ابن أبـي ليلىٰ: إن شاء الشفيع أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس، وإن شاء ترك، لا شيء له غير ذلك، وهو قول مالك، والأوزاعي. / [ت ٣٠/ب]

وقال مالك: والزرع للزارع.

وقول الحسن بن حي والليث، وعبيد الله بن الحسن، والشافعي: كقول ابن أبـي ليلىٰ.

[١٩٦٤] في إحضار الشفيع الثمن[٣]:

قال أصحابنا في الأصول: ليس للشفيع أن يأخذ الدار حتى ينقده الثمن، فإن قضى له بالشفعة ثم مات، كان للمشتري حبسها بالثمن، فهذا يدل على أن القاضي يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن.

وذكر هشام عن محمد: إن المشتري إذا قال: [أحضر][٤] المال، وخذ شفعتك! فإن القاضي يؤجله يومين أو ثلاثة، فإن أحضر ماله، وإلاَّ بطلت شفعته.

وذكر هشام أيضاً عن محمد: أن القاضي يأمره بإحضار المال قبل أن يقضي له بالشفعة، ولا يقضي له بها حتى يحضر المال، وكذلك روى ابن سماعة عنه.

وقال ابن شبرمة: إذا استحق الشفعة أجّل في ثمنها ثلاثة أيام، فإن جاء

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٢٣؛ المدونة، ٥/ ٤٣٤.

(٢) في (م): (والزرع).

(٣) انظر: المختصر، ص ١٢٠؛ الإشراف، ١/ ٥٩.

(٤) في الأصل: (أخذ) والمثبت من (م).

بالثمن، وإلاَّ فلا شفعة له، ونحوه عن عثمان البتي، ومالك، والحسن بن حي، وقال الليث: لا يؤخر ساعة، إن جاء بالثمن فله الشفعة، وإن لم يأت به حين يأخذ[1] الشفعة فلا شفعة له.

وكان بكار بن قتيبة: لا يسمع[2]، بيِّنة على مطالبة بشفعة إلاَّ أن يحضر معه مقدار الثمن، وحكى ذلك عن جماعة [من][3] البصريين.

قال أبو جعفر: ينبغي أن لا يقضي له بالشفعة إلاَّ بعد إحضار الثمن؛ لأنه إن لم يكن كذلك، يحصل الثمن ديناً، وقد ملك هو العين، فلا يجوز؛ لأن المشتري لم يرض بذمته.

[١٩٦٥] في الشفعة على عدد الرؤوس[4]:

قال أصحابنا: الشفعة على عدد الرؤوس، وهو قول الثوري، وشريك، والحسن بن حي، والشافعي[5]. / [٢٩٠]

وقال مالك، وعبيد الله بن الحسن، وسوار: على قدر الأنصباء.

وروى الحسن، وعطاء: على الأنصباء.

وعن الشعبي: على عدد الرؤوس.

[١٩٦٦] في الشفعة[6] تورث[7]:

قال أصحابنا: إذا مات الشفيع بطلت الشفعة، وهو قول الثوري، وعبيد الله بن الحسن.

---

(١) ساقطة من (م).
(٢) في (م): زيادة (في).
(٣) الزيادة من (م).
(٤) انظر: المختصر، ص ١٢١؛ المدونة، ٥/٤٠١؛ المزني، ص ١٢٠.
(٥) وللشافعي قول آخر كقول مالك. المزني.
(٦) في (م): زيادة (هل).
(٧) انظر: المختصر، ص ١٢٣؛ المزني، ص ١٢٠؛ الكافي، ٤٣٩؛ الإشراف، ١/٥٠؛ الإفصاح، ٢/٣٧.

وقال مالك، والحسن بن حي، والشافعي: تورث.

وقال أبو جعفر: الشفعة رأي في الأخذ، فلا تورث، كما لا تدخل في الوصية.

قال أبو بكر: وأيضاً أنها حق يملك به، كخيار القبول.

[١٩٦٧] في ثمر النخل(١):

قال أصحابنا: إذا اشترى أرضاً فيها نخل، وفيها ثمر، واشترى جميع ذلك، ففي ذلك كله الشفعة، فإن [جذّها](٢) المشتري، أخذ الأرض والنخل بحصتها دون الثمرة.

وقال مالك: يأخذ الثمرة بعد الجذاذ.

وقال الشافعي: لا يأخذ الثمرة قبل الجذاذ، ويأخذ الأرض والنخل [بحصتهما](٣) من الثمن.

وقال عبيد الله بن الحسن: لا شفعة للشفيع فيها، كما لا شفعة فيها لو كانت مصرومة(*)، وروى عنه: أنه يأخذ الجميع.

قال أبو جعفر / : القياس: أن لا يأخذ الثمرة؛ لأنها لا تدخل في البيع إلاَّ [ت ٣١/أ] بالشرط، ويلزم عليه الطريق والشرب، إلاَّ أن الطريق قد يجوز بيعه على الانفراد، وتجب فيه الشفعة، والشرب والمسيل لا حصة [لهما](٣) من الثمن إن استحقا، فيخالفان الثمرة.

[١٩٦٨] في العيب يحدث بالدار بعد القضاء بالشفعة(٤):

قال أصحابنا: إذا قضى للشفيع بالشفعة، فهي لازمة له، وإن حدث عيب قبل القبض، فله أن يدعها.

---

(١) انظر: المبسوط، ١٤/١٣٣، ١٣٤؛ المدونة، ٥/٤٢٦.

(٢) في الأصل: (أخذها). والمثبت من (م). (والجذّ) هو الكسر والقطع. انظر: المختار.

(٣) في الأصل: (بحصتها) (لها)، والمثبت بالتثنية من (م).

(*) مصرومة: يعني مقطوعة. انظر: المختار (حرم).

(٤) انظر: المختصر، ص ١٢٢.

وقال مالك: ليس له أن يدعها، وكذلك يقول مالك في الشراء: إن ما حدث من عيب قبل القبض، فهو من مال المشتري.

[١٩٦٩] في قسمة المشتري[١]:

قال أصحابنا: إذا اشترى نصف دار مشاع، ثم قاسم البائع، فإن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري، ولا يفسخ القسمة، سواء قسمها بقضاء أو بغير قضاء، وهو قول الشافعي.

وقال مالك: يفسخ القسمة، كما لو باعه، فسخ البيع.

[١٩٧٠] في تصرف المشتري[٢]:

[[٣] قال أصحابنا: إذا وهبها المشتري، أو تزوّج عليها فللشفيع أن يبطل ذلك، والثمن للمشتري.

وقال مالك: الثمن للموهوب له.

[١٩٧١] في غيبة الشفيع[٤]:

قال أصحابنا: إذا كان الشفيع غائباً، فعلم بالشراء، فله من الأجل بعد علم قدر المسير، وليس عليه أن يشهد في الموضع الذي فيه المشتري، فإنما عليه أن يشهد في موضع الدار، وعلى المشتري أو البائع.

[٢٩١] وقال مالك: لا تقطع الشفعة عن غائب لغيبته وإن طالت / ليس لذلك عندنا حد تقطع إليه الشفعة.

---

(١) انظر: الإشراف، ١/٥٨؛ المدونة، ٥/٤١٠.
(٢) انظر: المبسوط، ١٤/١١٣؛ الكافي، ٤٣٩.
(٣) وهذه المسألة ومسألتان معها سقطت من الأصل (ت). والمثبت من (م)، حيث حصل انتقال نظر الناسخ كما يقول المشتغلون بالتحقيق.
(٤) انظر: المبسوط، ١٤/١١٩؛ الإشراف، ١/٤٤؛ المزني، ص ١٢٠.

وقال الشافعي: إذا ترك الطلب لعذر، لم تبطل، وإن ترك لغير عذر بطلت، ولا تقطعها طول الغيبة.

وقال إبراهيم النخعي، والحارث [العُكلي][1]: لا شفعة لغائب.

وروي عن إبراهيم: أن له الشفعة.

وقال الحسن وعطاء: للغائب الشفعة، وهو قول عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه وقد روى عن النبي ﷺ: (الجار أحق بشفعة جاره يُنتظر بها وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً)[2].

[١٩٧٢] في هدم المشتري البناء، أو أكل الثمرة[3]:

قال أصحابنا: إذا انهدمت أو احترقت الثمرة من غير فعلة، أخذ الشفيع بجميع الثمن، وإن كان من فعلة أخذها بحصتها من الثمن.

وقال مالك: يأخذها الشفيع بجميع الثمن، وإن هدم المشتري.

وأما الثمرة، فإن كانت مشتراة مع النخل فأكلها المشتري سقط عن الشفيع حصتها.

وقول الحسن بن حي، والثوري: مثل قول أصحابنا.

[١٩٧٣] في إقرار المشتري[4] بالشراء:

قال أصحابنا: إذا أقر رجل في يده دار أنه اشتراها، فللشفيع أخذها مع

---

(١) في الأصل: (البعكلي) والمثبت من التقريب، ١٤٨؛ وهو: (الحارث بن يزيد العكلي) كما في طبقات الفقهاء للشيرازي، ٨٣.

(٢) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/ ١٢٠؛ من حديث جابر رضي الله عنه، وأبو داود، في البيوع، باب في الشفعة، (٣٥١٨)؛ والترمذي في الأحكام، (١٣٦٩)؛ وقال: (حسن غريب)، وابن ماجه، (٢٤٩٤).

(٣) انظر: المبسوط، ١٤/ ١١١؛ المدونة، ٥/ ٤٠٨، ٤٣٧.

(٤) إلى هنا ثلاث مسائل سقطت من نسخة (ت)، ولعل الناسخ وهم في نقل العنوان، ومن =

غيبة البائع، وإن حضر البائع فجحد البيع، أخذها وبطلت الشفعة إذا لم تكن بينة، وهو قول الشافعي.

وقول مالك: إنه لا يأخذها من المشتري حتى يحضر البائع، فيقرّ.

[١٩٧٤] في شراء أحد الشفيعين[1]:

قال أصحابنا: إذا اشترى داراً هو شفيعها، ولها شفيع آخر، فإنه يأخذ نصفها، وهو قول مالك.

وذكر الزعفراني [عن الشافعي][2]: أن الشفيع الذي لم يشترها، يأخذ الجميع، وغيره يذكر عنه: أنه يأخذ النصف.

آخر كتاب الشفعة

● ● ●

= ثم وقع في هذا السقط، حيث ذكر هناك: (في تصرف المشتري بالشراء)، أو انتقل نظره إلى الكلمة الأخيرة.

(١) انظر: المختصر، ص ١٢٢؛ المدونة، ٥/٤٠٧؛ المزني، ص ١٢١.

(٢) في الأصل: (الزعفراني عن مالك)، وفي (م): (الزعفراني عن الشافعي عن مالك).
والمثبت هو الذي يلائم ما ورد عنهما من نصوص:
أولاً: الزعفراني: (هو الحسن بن محمد بن الصباح (م ٢٠٦) صاحب الإمام الشافعي ومن أثبت رواته (القديم). انظر: ابن خلكان: وفيات الأعيان، ٢/٧٣؛ السبكي: طبقات الشافعية الكبرىٰ، ٢/١١٤.
ثانياً: ما نقل عن الشافعي يوافق ما ذكر هنا؛ حيث ذكر عنه القولان. انظر: المزني، والمهذب، ١/٣٨٨.
ثالثاً: قول مالك يخالف ما ذكر عنه هنا، ويوافق مع القول الأول. حيث قال حينما سئل عن هذه المسألة: «قال مالك لهما الشفعة بينهما على قدر حظوظهما، ولا يخرجه من الشفعة اشتراؤه الشقص. . .» المدونة، ٥/٤٠٧.

كـتـاب الحـوالـة[1] والكفالة[2]

[١٩٧٥] في الكفالة بالنفس[3]:

قال أصحابنا: الكفالة بالنفس جائزة، وإن مات المطلوب بريء الكفيل، ولم يلزمه الحق الذي على المطلوب.

وقال عثمان البتي: إذا كفل بنفس رجل قِبَله قصاص في نفس، أو ما دونها، ففات أن يجيء به، فعليه أرش تلك الجراحة أو النفس، وهي للكفيل في مال الجاني، ولا قصاص على الكفيل.

وقال مالك: إذا كفل بنفسه إلى أجل، وعليه مال، أنه إن لم يأت به غرم المال، ويرجع به على المطلوب، فإن اشترط ضمان نفسه وقال: لا أضمن المال، فهو كما قال، ولا شيء عليه من المال.

---

(١) الحوالة ـ : بفتح الحاء ـ مشتقة من التحول، بمعنى الانتقال. وشرعاً عرفها العيني بأنها: «تحول الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه، على سبيل التوثق به» البناية، ٦/ ٨٠٧.

وعرفها الشربيني بأنها: «عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة». مغني المحتاج، ٢/ ٣.

(٢) الكفالة لغة: بمعنى الضم، قال صاحب المغرب: «الكفيل: الضامن وتركيبه دال على الضم والتضمين». وشرعاً عرفها الموصلي بأنها: «ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة» الاختيار، ٢/ ١٦٦. انظر: المغرب: (كفل).

«والمناسبة بين الحوالة والكفالة ظاهرة من حيث إن في كل واحد منهما التزاماً على الأصيل». أنيس الفقهاء، ص ٢٤٤.

(٣) انظر: المبسوط، ١٩/ ١٦٢؛ المدونة، ٥/ ٢٥٢، ٢٥٣.

وقال الأوزاعي والليث: مثل قول مالك.

[٢٩٢] وضعّف الشافعي: الكفالة بالوجه في / موضع، وأجازها في موضع.

قال أبو جعفر: (روى عبد الرحمن بن أبي الزناد، [قال]: حدثني أبي عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي، عن أبيه أن عمر بعثه مصدقاً على سعد [بن هزيم فأتى حمزة) بمال ليصدقه، فإذا رجل يقول لامرأته أدي صدقة [مولاك]، وإذا المرأة تقول: بل أنت أدّ صدقة مال ابنك. فسأل حمزة عن أمرهما وقولهما، [ت ٣١/ب] فأخبر أن ذلك الرجل، زوج تلك المرأة / وأنه وقع على جارية لها، فولدت ولداً، فأعتقته امرأته)، قالوا: فهذا المال لابنه من جاريتها، فقال حمزة: لأرجمنك بأحجارك، فقيل له أصلحك الله إن أمره قد رفع إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فجلده عمر مائة، ولم ير عليه الرجم، [فأخذ حمزة بالرجل كفيلاً حتى قدم على عمر، فسأله عما ذكر من جلد عمر إياه ولم ير عليه رجماً] فصدقهم عمر بذلك من قولهم، وقال: إنما درأ عنه الرجم أنه عذره بالجهالة)[1].

وروى يحيى بن آدم، عن إسرائيل، عن أبي إسحاق، عن حارثة بن مضرب قال: (صليت الغداة مع عبد الله بن مسعود في المسجد، فلما سلّم، قام رجل فقال: والله لقد بت الليلة وما في نفسي على أحد من الناس أحنة وإني كنت قد استطرقت رجلاً من بني حنيفة [بفرسي] فأمرني أن آتيه بغلس، وإني أتيته، فلما انتهيت إلى مسجد بني حنيفة مسجد عبد الله بن النواحة سمعت مؤذنهم يؤذن يشهد أن لا إله إلاَّ الله، وأن مسيلمة رسول الله، فاتهمت سمعي، وكففت الفرس حتى سمعت أهل المسجد [تواطؤا] على ذلك، فما كذبه عبد الله، وقال من ها هنا، فقام رجل، فقال: عليّ بعبد الله بن النواحة

---

(١) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٣/ ١٤٧؛ بلفظه، والبخاري (مختصراً) في الكفالة، الكفالة في القرض، (٢٢٩٠).

وأصحابه، قال حارثة: فجيء بهم وأنا جالس، فقال عبد الله بن النوّاحة: ويلك أين ما كنت تقرأ من القرآن!! قال: كنت أتقيكم به، قال له: تب، فأبى، فأمر به عبد الله قرظة بن كعب الأنصاري، فأخرجه إلى السوق فحز رأسه. قال حارثة سمعت عبد الله يقول: من سره أن ينظر إلى عبد الله بن النواحة قتيلاً بالسوق، فليخرج فلينظر إليه، قال حارثة: فكنت فيمن خرج ينظر إليه، ثم إن عبد الله استشار أصحاب محمد ﷺ في بقية النفر، فقام عدي بن حاتم الطائي، فحمد الله تعالىٰ وأثنى عليه، ثم قال أما بعد فثؤول الكفر اطلع رأسه فاحسمه، فلا يكون بعده شيء وقام الأشعث بن قيس، وجرير بن عبد الله، فقالا: بل استتبهم وكفلهم عشائرهم! فاستتابهم! فتابوا، وكفلهم عشائرهم، ونفاهم إلى الشام)[1].

قال أبو جعفر: فثبت عن ابن مسعود، وحمزة بن عمرو، وجرير بن عبد الله، والأشعث، إثبات الكفالة بالنفس، وذلك بمحضر من قرظة بن كعب، وعدي بن حاتم وغيرهما من الصحابة، فلم يخالفوهم، فلا يسع أحد الخروج عنه [إلى غيره، إذا لم يروه عن غيرهم من الصحابة خلافه] وأما ضمان الأموال بموت المكفول عنه، فلا معنى له إذا لم يشرطه؛ لأنه إنما كفل بالنفس، وقد فاتت ولا قيمة لها يرجع إليها بعد عدمها.

[١٩٧٦] في الكفالة بالمال[2]:

قال أصحابنا، والأوزاعي، والشافعي: إذا كفل عن رجل بمال، فللطالب أن يأخذ أيهما شاء من المطلوب، ومن الكفيل.

قال أبو يوسف: وقال ابن أبي ليلى: ليس له أن يأخذ الذي عليه الأصل

---

(١) أخرجه مختصراً البيهقي في السنن الكبرىٰ، ٢٠٦/٨؛ وعبد الرزاق في مصنفه، ١٦٩/١٠.

(٢) انظر: المبسوط، ٢٧/٢٠، ١٢٦؛ اختلاف أبي حنيفة، ٥٥٤؛ المزني، ص ١٠٨؛ المدونة، ٢٥٦/٥.

وحيث قبل منه الكفيل فقد أبرأه من المال إلاَّ أن يتوى المال قبل الكفيل، فيرجع على الذي عليه الأصل، وإن كان كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه، [كان له أن يأخذ أيهما شاء.

قال أبو يوسف وابن شبرمة: في الكفالة إن اشترط أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه][٢] فأيهما اختار أبرأت الآخر، إلاَّ أن يشترط أن يأخذهما، إن شاء جميعاً، وإن شاء شتى.

وروى شعيب بن صفوان، عن ابن شبرمة: فيمن ضمن عن رجل مالاً أنه يبرأ المضمون عنه / والمال على الكفيل. [ت ٣٢/أ]

وقال: في رجل أقرض رجلين ألف درهم، على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فليس له أن يأخذ أحدهما بجميع المال، إنما له أن يأخذه بما كفل به عن صاحبه، وهذا خلاف رواية أبـي يوسف.

[٢٩٣] وقال مالك: / إذا كان المطلوب مليئاً بالحق، لم يأخذ الكفيل الذي كفل به عنه، ولكنه يأخذ حقه من المطلوب، فإن نقص شيء من حقه أخذه من مال الحميل، إلاَّ أن يكون للذي عليه الدين، (قد تأبـى)، فيخاف صاحب الحق أن يحاصه الغرماء، أو كان غائباً، فله أن يأخذ الحميل ويدعه.

قال ابن القاسم: وقد كان مالك يقول: له أن يأخذ أيهما شاء، ثم رجع إلى هذا القول.

وقال الليث: إذا كفل بالمال وعرف مبلغه، جاز، وأخذ به، وإن قال كفلت لك بحقك، ولم يعرف الحق، لم يجز؛ لأنه مجهول.

قال أبو جعفر: (روى سفيان بن عيينة، عن هارون بن رئاب، عن كِنانة بن نُعيم، عن قَبيصة بن المُخَارِق أنه تحمل حمالة، فأتى النبي ﷺ فسأله فيها! فقال ﷺ: نخرجها عنك من إبل الصدقة يا قبيصة، إن المسألة حرمت إلاَّ في ثلاث: رجل تحمّل حمّالة فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم يمسك، ورجل

أصابته جائحة فاجتاحت ماله، فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش، أو سداداً من عيش. . . وذكر الحديث)[١].

قال أبو جعفر: فكان في إحلاله المسألة لمن تحمّل عن قوم بما ذكر، دليل على فساد قول من قال: إن المكفول له ليس له مطالبة الكفيل إذا قدر على مطالبة المكفول عنه؛ لأنه أباح له المسألة بنفس الحمالة ولم يعتبر حال المحتمل[٢] عنه، من كونه مليئاً أو غير مليء.

قال أبو بكر: وهذا الخبر[٣] يدل على جواز الكفالة بمال مجهول؛ لأنه أطلق القول فيمن تحمّل حمالة بإباحة / المسألة، (ولم يفرق بين المجهول منها [٢٩٤] والمعلوم، ويدل أيضاً على أن الدين يمنع الزكاة بقدره، لولا ذلك لما حلّت له الصدقة؛ لأنه)[٤] لم يفرق بين من تحمل حمالة وله مال، أو لا مال له.

وأما قول من قال: إن المطلوب يبرأ بنفس (الحمالة)[٥]، فالدليل على فساده: ما رواه شريك، عن عبد الله بن محمد بن عقيل، عن جابر بن عبد الله (أن رجلاً مات وعليه دين، فلم يصلّ عليه النبي ﷺ، حتى قال أبو البِشر أو غيره: هو عليّ، فصلّى عليه، فجاء من الغد يتقاضاه، فقال: إنما كان ذلك أمس، ثم أتاه من بعد الغد فأعطاه، فقال النبي ﷺ: الآن بردت عليه جلده)[٦]

---

(١) أخرجه مسلم، في الزكاة، من تحل له المسألة، (١٠٤٤).

(٢) في (م): (المتحمل عنه). والاحتمال في اصطلاح الفقهاء والمتكلمين يجوز استعماله بمعنى الوهم والجواز فيكون لازماً، وبمعنى الاقتضاء والتضمن فيكون متعدياً». المصباح: حمل.

(٣) في (م): زيادة (أيضاً).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من (م).

(٥) في (م): (الكفالة).

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ، ٦/ ٧٥.
وأخرج البخاري نحوه من حديث سلمة بن الأكوع، في الكفالة، ويكفل عن ميت ديناً. . . (٢٩٩٥)؛ والترمذي عن أبي قتادة وقال: (حسن صحيح)، (١٠٦٩)؛ وقال عن حديث جابر: (وفي الباب عن جابر. . .).

فدل ذلك على أن المطلوب لا يبرأ بكفالة الكفيل عنه، وإن للطالب أن يأخذ به بعد الكفالة أيهما شاء.

قال أبو بكر: وهذا الحديث أيضاً يدل على أن الكفيل لا يرجع على المكفول عنه، إذا كانت الكفالة بغير أمره؛ لأنه لو كان له الرجوع لقام الكفيل فيه مقام الطالب، فلم يكن النبي ﷺ ليصلي عليه.

فإن قيل فقد روى عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه قال: (مات رجل منا، فأتوا النبي ﷺ ليصلي عليه، فقال: هل ترك عليه ديناً؟ فقالوا: نعم ثمانية وعشرين درهماً، قال: هل ترك وفآءً؟ قالوا: لا والله / ما ترك من شيء. قال: [ت ٣٢/ب] فصلّوا أنتم عليه، قال: فقال أبو قتادة يا رسول الله أرأيت إن قضيت عنه أتصلي عليه؟ قال: نعم إن قضيت عنه بالوفاء، قال: فانطلق أبو قتادة، فقضى عنه، فقال يا رسول الله قد قضينا عنه، فدعا له رسول الله ﷺ وصلّى عليه)[1].

ففي هذا الحديث أنه إنما صلّى عليه بعد القضاء عنه.

قيل له: يحتمل أن يكون هذا الميت غير الذي في الحديث الأول، وكان له أن لا يصلي حتى يقضي، وكان له أن يصلي بنفس الضمان؛ لأنه يصير بمنزلة من ترك وفاء.

وقد روى الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة (أن رسول الله ﷺ كان إذا توفي المؤمن وعليه دين يسأل ما ترك لدينه من قضاء؟ فإن قالوا: نعم، صلى عليه رسول الله ﷺ وإن قالوا: لا، قال: صلّوا على صاحبكم، فلما فتح الله تعالىٰ على رسوله الفتوح، قال ﷺ: (أنا أولىٰ بالمؤمنين من

---

(١) أخرجه الترمذي، في الجنائز، ما جاء في الصلاة على المديون، (١٠٦٩)؛ وقال الترمذي: «حسن صحيح»، وابن ماجه، (٢٤٠٧)؛ والبخاري من حديث سلمة بن الأكوع، في الكفالة، من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع، (٢٢٩٥).

أنفسهم، فمن توفي وعليه دين، فعليَّ قضاؤه، ومن ترك مالاً، فهو لورثته)[1].

وعلى أن حديث عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه ليس بسماع منه؛ لأن بكير بن عبد الله بن الأشج روى عن عبد الله بن أبي قتادة، قال: (سمعت من أهلي من لا أتهم أن رجلاً توفي على عهد رسول الله ﷺ وعليه ديناران، فأبى رسول الله ﷺ أن يصلي عليه، / حتى تحمل بها أبو قتادة). [٢٩٥]

فحديث عبد الله بن محمد بن عقيل أحسن منه، وإن كان إنما يدور عليه، فقد احتج به غيرنا علينا في مفتاح الصلاة وتحليلها.

وفي حديثه عن عمران بن طلحة في الحيض،

فحديث عبد الله بن محمد مقبول في ذلك، كما قبله غيرنا فيما وصفنا.

[١٩٧٧] في الكفالة من غير قبول الطالب[2]:

قال أبو حنيفة: لا تصح الكفالة بغير قبول الطالب إلاَّ في خصلة واحدة: أن يقول المريض لبعض ورثته: اضمن عني ديني! فيضمنه، والغرماء غيّب، فيجوز وإن لم يسم الدين، ولو كان هذا في الصحة، لم يلزم الكفيل شيء.

قال: وقال أبو يوسف ومحمد: الكفالة جائزة، كان له مخاطب أو لم يكن.

قال أبو جعفر: روى بعض الرواة هذا الخلاف عن أبي يوسف وحده.

قال أبو بكر: الصحيح أن محمداً مع أبي حنيفة، وأبو يوسف وحده.

وابن القاسم لم يحفظ عن مالك شيئاً في ذلك، قال: وأراه لازماً.

---

(١) أخرجه البخاري، في النفقات، قول النبي ﷺ من ترك كلاً... (١١٤٣)؛ مسلم، في الفرائض، من ترك مالاً فلورثته، (١٦١٩).

(٢) انظر: المختصر، ص ١٠٤؛ المزني، ص ١٠٨.

وروى الربيع عن الشافعي: أن الضمان إنما يلزم الضامن لما قد عرفه وأما ما لم يعرفه، فهو من المخاطرة، أي فلا يلزمه

قال أبو جعفر: هذا يدل على أنها كانت تلزم عنده بغير قبول.

قال أبو جعفر: وقد أجاز النبي ﷺ ضمان من ضمن عن الميّت من غير قبول المضمون له، فدل على صحة قول أبي يوسف.

[١٩٧٨] في الكفالة بالمال عن الميت[١]:

قال أبو حنيفة: إذا مات الرجل وعليه دين، ولم يترك شيئاً وكفل ابنه للغريم بما له على الميّت فإن / ذلك لا يجوز، وإن ترك الميّت شيئاً، جازت الكفالة بقدر ما ترك. [ت ٣٣/أ]

وقال ابن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد، والشافعي: الكفالة جائزة عنه، وإن لم يترك الميّت شيئاً.

وقال مالك: إذا ضمن عن ميّته[٢] لزمه، ورجع به من مال الميت، فإن لم يكن الميت[٣] له مال [قال][٤] فالكفالة جائزة، ولا يرجع في مال الميت إن بان للميت مال بعد ذلك.

قال أبو جعفر: قد أجاز النبي ﷺ الضمان عن الميت الذي لم يترك شيئاً[٥].

---

(١) انظر: المبسوط، ٣٠/١٤٧؛ اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ، ص ٥٦؛ المزني، ص ١٠٨؛ الكافي، ص ٣٩٩.

(٢) في (م): (ميّت).

(٣) في (م): (للميت).

(٤) الزيادة من (م).

(٥) كما سبق في المسألة السابقة.

[١٩٧٩] فيمن ضمن عن رجل مالاً بغير أمره، هل يرجع به؟[(١)]:

قال أصحابنا والشافعي، والحسن بن حيّ: لا يرجع به عليه إذا أدّاه،

قال ابن القاسم عن مالك : لو أدّى عن رجل مالاً بغير أمره، فله أن يرجع بذلك على المطلوب.

قال وسئل مالك عن رجل ابتاع ديناً على رجل، وقد كان بين المشتري وبين الذي عليه الدين عداوة؟ قال: إن علم أنه إنما أراد بذلك ضرره وتعنّته في ذلك، فلا أرى أن يمكّن من ذلك.

/ قال أبو جعفر: بنىٰ مالك مذهبه في ذلك على تجويز ابتياع الديون التي [٢٩٦] في ذمة الغير بالعروض، فإن أجاز ابتياع الديون بديون مثلها، ففي ذلك ابتياع ذهب بذهب، أو فضة بفضة آجلة وهذا غير جائز.

فإن قيل: فقد قال أصحابنا في العبد المغصوب إذا ضمنه رجل لمولاه بغير أمر الغاصب، فأدى قيمته إلى مولاه، أن العبد المغصوب يكون للضامن، فجعلوه مالكاً للعبد بأداء ضمان قيمة العبد، وكذلك الدين الذي يضمنه عن غيره.

قيل له: الفرق بينهما أن مؤدي الدين هو مودٍ لنفس ما على المطلوب، فسقط عنه، ولم يكن أداؤه بدلاً عنه، فيملك المبدل منه، والعبد غير ما أداه الضامن، فملك العبد بدلاً مما أدى؛ لاستحالة بقاء العبد وبدله في ملكه.

[١٩٨٠] فيمن كفل بنفس رجل ثم كفل به كفيل آخر[(٢)]:

قال أصحابنا: إذا كفل رجل بنفس رجل، ثم كفل آخر بنفسه، فهما جميعاً كفيلان، وهو قول مالك والشافعي.

---

(١) انظر: المختصر، ص ١٠٤؛ المزني، ص ١٠٨؛ الكافي، ٣٩٩.

(٢) انظر: المبسوط، ١٩/١٧٠؛ المدونة، ٥/٢٥٦؛ اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص ٥٥.

وقال ابن أبي ليلىٰ: قد برىء الكفيل الأول حين أخذ الثاني.

[١٩٨١] في موت الكفيل والمال مؤجل[1]:

قال أصحابنا: إذا كان المال مؤجلاً على الكفيل، وعلى صاحب الأصل، فمات الكفيل قبل حلول الأجل، أخذ من ماله حالاً، ولا يرجع ورثته على المكفول عنه إلاَّ بعد حلول الأجل، وهو قول مالك، والشافعي.

وقال زفر: يرجع ورثته على المكفول عنه حالاً؛ لأنه أدخله فيه، وقد علم أنه يحل عليه المال بموته.

[١٩٨٢] في رجوع الكفيل بالمال قبل الأداء:

قال أصحابنا: إذا أخذ الطالب الكفيل، كان للكفيل أن يأخذ المكفول عنه، ويلزمه، ويحبسه حتى يخلصه مما أدخله فيه. وهو قول الشافعي، ومالك.

قال مالك: ولكن يتبعه الكفيل حتى يؤديه إلى الطالب ويبرأ من حمالته.

[ت ٣٣/ب] / وقال الأوزاعي: للكفيل أن يأخذ الحق وإن لم يترك شيئاً، فليس لصاحبه أن يأخذه من المطلوب.

[١٩٨٣] في ضمان تسليم المبيع:

قال أصحابنا: إذا أخذ منه كفيلاً بالعبد المبيع حتى يدفعه إليه، فالضمان جائز، فإن مات العبد في يد البائع، فلا ضمان على الكفيل.

وقال مالك: لا يصح ضمان المبيع؛ لأنه بعينه، ولو هلك لم يضمن البائع شيئاً.

وقال الشافعي: إذا ضمن عهدة الدار، أو خلاصها فاستحقت الدار، رجع المشتري على الضامن إن شاء،

---

(١) انظر: المبسوط، ٢٠/٣٠؛ المدونة، ٥/٢٥٧.

قال أبو جعفر: إذا ضمن المبيع أن يكون عليه من ضمانه على البائع ويحل فيه محله.

[١٩٨٤] في تأخير الكفيل أو المكفول عنه(١):

قال أصحابنا: يجوز تأخير المطلوب بالديون من غير قرض، / ويكون [٢٩٧] تأخيراً على الكفيل، وإن أخر الكفيل، لم يكن تأخيراً عن المكفول عنه.

وقال مالك: تأخير الذي عليه الأصل تأخير عن الكفيل، فإن قال الكفيل: لا أرضى؛ لأني أخاف أن يفلس ويذهب ماله كان ذلك له، ويكون صاحب الحق بالخيار: إن شاء أن يبرىء الحميل، فذلك له، إلاَّ أن يرضى الحميل، وإن سكت الحميل وقد علم بذلك فالحمالة(٢) لازمة، وإن أخر الكفيل فإني أراه تأخيراً عن الذي عليه الأصل إلاَّ أن يحلف(٣) صاحب الحق: بالله ما كان ذلك مني تأخيراً للحق عن صاحبه ولا كان ذلك مني إلاَّ للحميل.

وقال زفر والشافعي: لا يجوز تأخير الدين بحال(٤).

[١٩٨٥] في الرجل يكفل بما بايع به فلاناً، أو قضى به له عليه(٥):

قال أصحابنا: إذا قال للرجل: ما بايعت به فلاناً، أو ما قضى به لك على فلان، فهو عليّ،، فهذا جائز، وإن لم يؤقت لذلك وقتاً، وهو قول عثمان البتي، ومالك.

وقال ابن أبي ليلى، والشافعي: لا يصح ذلك؛ لأنه مجهول ومخاطرة.

---

(١) انظر: المبسوط، ٢٠/٦٩؛ المدونة، ٥/٢٦٦، ٢٦٧.

(٢) في المدونة زيادة (له) لازمة).

(٣) في (م): (أن يحلف)، والمثبت هو المنصوص عليه في المدونة.

(٤) في (م): (الحال).

(٥) انظر: المبسوط، ٢٠/ ٥٠؛ المدونة، ٥/٢٥٩؛ الاختلاف، ص ٥٥؛ المزني، ص ١٠٨.

قال أبو جعفر: (روى عبد الله بن جعفر، وأبو قتادة أن النبي ﷺ بعث جيش الأمراء، وأمّر عليهم: زيد بن حارثة، وقال: إن أصيب زيد، فأميركم جعفر، فإن أصيب فعبد الله بن رواحة)[1]، فهذا يوجب ثبوت الولايات بالمخاطرات، فدل على جواز الوكالات بالمخاطرات؛ لأنها (ضرب من الولاية)[2]، وفي تثبيت الوكالة على هذا الوجه إلزام الموكل ضمان (ما)[3] يبتاعه، أو يستأجره، وتخليصهم مما أدخلوهم فيه.

[١٩٨٦] فيمن كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه المال الذي يدعيه[4]:

قال أصحابنا: هذا جائز على شرط، وإن لم يقل المال الذي يدعيه، و[لو][5] قال: إن لم أوافك به غداً/ فعليه مائة دينار، جاز أيضاً عند أبي حنيفة، وأبي يوسف. [ت ٣٤/أ]

وقال محمد: لا يلزمه شيء إن لم يواف به غداً.

وقال عثمان البتي: يقال للطالب أقم البيِّنة على المال! (فإن أقام البينة)[6]، لزم الكفيل إذا لم يواف به.

وذكر ابن القاسم مثل ذلك، ولم يحفظ عن مالك.

وعند الشافعي: لا تصح الكفالة على الخطر.

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ١/ ٢٠٤، ٥/ ٢٩٩، ٣٠٠.
وقال الهيثمي بعد إيراده الحديث الطويل: «رواه أحمد والطبراني ورجالهما رجال الصحيح»، مجمع الزوائد، ٦/ ١٥٧.

(٢) في (م): (ضروب الولاية).

(٣) في (م): (عما).

(٤) انظر: المبسوط، ١٩/ ١٧٢، ١٧٦، ١٧٨؛ المدونة؛ المزني، ص ١٠٨.

(٥) زيد من (م).

(٦) في (م): (وإن أقام بينة).

وقال أصحابنا: إذا لم يواف به غداً، ألزمه المال ولم ينفعه أن يوافي به بعد ذلك.

وقال عثمان البتي: إذا جاء به ذلك لم يلزمه المال، إذا لم يكن قد تغير بإعدام أو انقطاع وجه، وإن تغيرت حاله في الأجل، فلا سبيل على الكفيل إلاَّ نفسه، وإن تغيرت حاله بعد انقضاء الأجل، وقد دعاه به، فهو ضامن للدراهم.

وذكر ابن القاسم: أنه إن وافاه بعد ذلك به، قبل أن يحكم السلطان عليه، / فذلك جائز له، ويبرأ من المال، ولا غرم عليه، قال: وهذا رأي [٢٩٨] لم أحفظه عن مالك.

وعلى قول الشافعي: إن الكفالة لا تجوز على الأخطار.

قال أبو جعفر: لا يخلو هذه الشريطة من أن تكون جائزة، فيلزم حكمها، أو غير جائزة فيكون كَلا كفالة، فلما جعلوها جائزة ــ غير الشافعي ــ . وألزموا بها المال في حال ما، وجب (أن يكون)(١) لازماً، في حال ما اشترط فيه لزوم المال، ولا يبرأ منه إلاَّ بمثل ما يبرأ به من سائر الديون.

[١٩٨٧] في كفالة رجلين عن رجل(٢):

قال أصحابنا: إذا كفل رجلان عن رجل بمال، ولم يقل كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فإن كل واحد منهما يؤدي النصف ولا يرجع على صاحبه بشيء، فإن كانا كفلا به ثم قالا للطالب: أينا شئت أخذت بهذا المال، أو كل واحد منا كفيل ضامن لها، فهو جائز، ويأخذ أيهما شاء بالمال كله، وأيهما أدّى المال رجع على الكفيل معه بالنصف.

وقال عثمان البتي: إذا شرط أن يأخذ أيهما شاء، أو قالا: كل واحد منا

(١) في (م): (أن لا يكون).
(٢) انظر: المبسوط، ٢٠/ ٤٠؛ المدونة؛ ٥/ ١٦١.

كفيل عن صاحبه، ثم أدّى أحدهما جميع المال، لم يرجع على الكفيل الآخر بشيء؛ لأن أصل الحق كان على غيرهما.

وقال ابن القاسم عن مالك: إذا كفل ثلاثة عن رجل بمال [فأعدم][1] الرجل، لم يأخذ ممن قدر عليه منهم إلاَّ الثلث.

قال: ولو قال حين تكفلوا به: بعضكم كفيل عن بعض أخذ من قدر عليه منهم بجميع المال، فإن لقي الذي أدّى أحد الكفيلين، رجع عليه بالنصف.

قال: ولو أنهم حين تكفلوا له شرط عليهم: (أيهم شئت أخذت بحقي)[2] أخذته، ولم يجعلهم كفلاء بعضهم عن بعض، فأخذ من (واحد[3] منهم) لم يكن لمن أخذ [منه][4] أن يرجع على صاحبه.

قال أبو جعفر: إذا شرط أن كل واحد (منهما)[5] كفيل ضامن عن صاحبه، فقد صار ضامناً عن صاحبه ما عليه، فينبغي أن يرجع به عليه، وهو [النصف][6]، فبطل قول عثمان البتي، وأما خلاف مالك، فهو[7] أيهما لو كفلا بالمال على أن يأخذ أيهما شاء، أن كل واحد منهما إذا أدّى، لا يرجع على صاحبه بشيء، وإنما يرجع به على صاحب الأصل؛ لأنه لم يكفل عن صاحبه بشيء / . [ت ٣٤/ب]

فأما إذا كفلا بالمال عن صاحب الأصل، فكل واحد منهما ضامن للنصف فإذا قالا بعد ذلك: على أن لك أن تأخذ أينا شئت بجميع المال، فقد صار كل واحد كفيلاً عن صاحبه، بالنصف الذي كان عليه، فيرجع به عليه.

---

(١) في النسختين (فقدم)، والمثبت من المدونة.
(٢) في المدونة: (أيكم شئت أن آخذ بحقي أخذته).
(٣) في المدونة: (من وجد منهم).
(٤) في الأصل: (منهم).
(٥) في (م): (منهم).
(٦) في الأصل: (للنصف). والمثبت من (م).
(٧) في (م): (فإنه).

[١٩٨٨] في صلح الكفيل[١]:

قال أصحابنا: إذا صالح الكفيل الطالب من الألف درهم على مائة درهم، على أن [يبرأ][٢] فيه والمطلوب، فهو جائز، ويرجع الكفيل على المطلوب بالمائة / إذا كانت الكفالة بأمره، ولو شرط براءة الكفيل خاصّة، فما بقي عليه [٢٩٩] كان للطالب أن يرجع على المطلوب بتسعمائة. ولو صالح[٣] الطالب على عشرة دنانير من الألف، رجع على المطلوب بألف [تام][٤].

وقال ابن القاسم عن مالك: إذا تكفل بألف دينار هاشمية، فرضي صاحب الألف بألف دمشقيّة، فإنه يرجع على المطلوب بألف دمشقية. قال: ولو تكفلت عن رجل بألف درهم، فأعطيته بالألف عروضاً، فالذي عليه الأصل[٥] بالخيار: إن أحبّ أن يدفع قيمة ما دفع عنه الكفيل إليه، إن كان عروضاً أو حَيَواناً، وإن كان طعاماً فمكيلته، وإن أحبّ الألف التي كانت عليه، فإن هو دفع [الذهب من الورق][٦] الذي تحمل بها، فلا يحل ذلك ولا يجوز، ويفسخ ذلك، ويرجع الكفيل إلى صاحب الدين، فيأخذ منه ذهبه، ويكون الورق على الذي عليه الأصل، وعلى الحميل كما هي.

قال أبو جعفر: قول مالك في أنه إذا أدّى الدمشقية عن الهاشمية، أنه يرجع بما أدى، يدل على أنه لو أدى الزيوف عن الجياد، رجع بالزيوف. وأصحابنا يقولون: يرجع بالجياد. وأما الذي أدى عروضاً أو ذهباً عن الورق،

---

(١) انظر: المبسوط، ٢٠/٥٨، ٥٩؛ المدونة، ٥/٢٦٧.
(٢) في المبسوط: (على إبراء الأصيل).
(٣) أي: (لو صالح الكفيل الطالب) كما في المبسوط، وفي نسخة (م): (الطالب المطلوب).
(٤) في الأصل: (تامة) والمثبت من (م).
(٥) في (م): (الألف)، وما في الأصل موافق لنص المدونة.
(٦) في الأصل: (الورق من الذهب) والمثبت من (م) والمدونة.

فإنه يرجع بالدين؛ لأنه قد ملك ما عليه بإعطائه البدل عنه، فهو كأدائه المال بعينه، ويجوز أداء الذهب عن الورق كأداء غيره من الأشياء؛ لأن ذلك دين عليه، يجوز التصرف فيه قبل القبض.

قال: وقال أصحابنا: إذا أبهم الصلح، فقال: صالحتك عن الألف على مائة، برءا جميعاً من الفضل، إلاَّ أن يشترط براءة الكفيل خاصة.

[١٩٨٩] في الرجل يقول: أحلف وأنا ضامن لك الحق:

قال ابن القاسم عن مالك: في رجل قال لرجل: أحلف وأنا ضامن للحق الذي تَدَّعيه على أخي، ثم قال بعد ذلك: لا تحلف فإني لا أضمن. قال مالك: لا ينفعه، وهذا حق قد لزمه.

قال أبو جعفر: ولم نجد هذا القول عن أحد من أهل العلم غير مالك، ولا معنى له في القياس؛ لأن حلف المدعي لا يستحق به شيء، فكذلك لا يستحقه عليه على غيره.

[١٩٩٠] في أخذ الكفالة بالدعوىٰ:

قال أبو حنيفة: إذا ادعى المدعي بينة حاضرة، أخذ من المدعىٰ عليه كَفيلاً بنفسه ثلاثة أيام، وإن قال بيِّنتي غيب، لم يأخذ منه كفيلاً بنفسه.

[ت ٣٥/أ] وقال محمد في إملائه قال أبو يوسف: نأخذ له منه كفيلاً / بنفسه إلى أول مجلس يجلسه القاضي، إذا ادعى بيِّنة حاضرة وهو قول محمد.

وقال ابن القاسم عن مالك: لا يأخذ منه كفيلاً وإن ادعى بينة[1]؛ لأني [٣٠٠] أقضي عليه وهو غائب، وإن أقام شاهداً / وطلب منه كفيلاً، فذلك له، إلاَّ أن يكون المدعى يدعي بيِّنة حاضرة، يرفعها من السوق أو بعض القبائل، فأرى

(١) في (م): زيادة (عليه).

للسلطان أن يقف المطلوب عنده، ويقول للطالب: مكانك اذهب ائت بيِّنتك، فإن أتى بها وإلاَّ خلّى سبيله.

وقال الليث: إذا ادعى قِبَلَه سلعة (طلب)[1] إلى القاضي أن يحول[2] تلك السلعة، ويضرب له أجلاً إلى أن يأتي ببيِّنة، فإن كان ممن يتهم بالجحود، أخذ عليه حميلاً، وإن كان ممن لا يتهم بالجحود، وهو ممن يرضى حاله، لم ير ذلك عليه.

قال أبو جعفر: لما كان واجباً على المدعىٰ عليه الحضور مع المدعي، وجب عليه أن يعطي كفيلاً بنفسه بذلك[3]؛ ليخرج إليه من الحضور الذي عليه له إلى القاضي، كما يجب عليه الخروج إليه من الدين ويعطيه كفيلاً إن شاء ذلك.

[١٩٩١] في أخذ الكفيل من الوارث والغريم[4]:

قال أبو حنيفة: في ميراث رجل قسّم بين غرمائه، أو ورثته، لا آخذ من أحد منهم كفيلاً، هذا شيء احتاطت به القضاة وهو ظلم وهو قول مالك، والشافعي.

وقال المعافى عن الثوري قال: كان ابن أبي ليلىٰ لا يقضي الدين، ولا يعطي المواريث إلاَّ بكفيل، ولا يقبض لأحد إلاَّ بكفيل، إن مات لزم الكفيل بالذمة.

قال أبو جعفر: لم يختلفوا أن الوارث لو كان ابناً أو أباً، قامت به البينة ولم يشهدوا أنهم لا يعلمون له وارثاً غيره، أنه يأخذ منه كفيلاً، وكذلك إذا

---

(١) في (م): (كفلت).

(٢) في (م): زيادة (له).

(٣) في (م): (كذلك).

(٤) انظر: المبسوط، ٣/١٤٧؛ اختلاف أبي حنيفة، ص ٥٦.

قالوا: لا نعلم له وارثاً غيره؛ لأن قولهم لا نعلم له وارثاً غيره، ليس بشهادة ولا هو محكوماً به، فوجب أن يأخذ منه كفيلاً، وكذلك الغريم والموصىٰ له، لجواز أن يكون هناك دين أو وصية أخرىٰ.

[١٩٩٢] فيمن شرط كفالة الكفيلين أن مليئهم على مُعْدِمِهم:

قال أبو حنيفة: إذا كفل ثلاثة عن رجل بمال، فعلى كل واحد منهم الثلث، وإن قال: مليئهم على معدمهم، أو حيّهم على ميتهم فإن هذا ليس بشيء.

وروى الربيع، عن الشافعي، عن عبد الله بن الحارث، عن ابن جريج قال: قلت لعطاء في رجل كتب على رجلين في بيع: أن حيّكما على ميتكما، ومليئكما على معدمكما، قال: يجوز، وقالها عمرو بن دينار، وسليمان بن موسىٰ[١].

قال أبو جعفر: فإن كان الشافعي قد وافقهم، فهذا ترك لقوله: إن الكفالة لا تصح على المخاطرة، والقياس: أن يجوز ذلك، كما يجوز عند أصحابنا إن قال: إن مات فلان فأنا ضامن لما عليه. وقد كان المتقدمون يكتبون في شروطهم / في التضمين عن الباعة: حيّهم عن ميتهم، ومليئهم عن معدمهم، فهذا هو القياس في مسألتنا. [٣٠١]

[ت ٣٥/أ] [١٩٩٣] في أحكام الحوالة[٢] / :

قال أصحابنا[٣]: يبرأ المحيل بالحوالة، ولا يرجع عليه إلاَّ بعد التوىٰ[٤]،

---

(١) «قال ابن وهب، وقال مالك: إن من أمر الناس الجائز عندهم أن الرجل يكتب حقه على الرجلين، فيشترط أن حيكما عن ميتكما أو مليئكما عن معدمكما، وإنما ذلك بمنزلة الحمالة، يتحمل بها أحدهما عن صاحبه». المدونة، ٥/ ٢٦٢.

(٢) انظر: المختصر، ص ١٠٣؛ المبسوط، ٢٠/ ١٢٦؛ اختلاف أبي حنيفة، ٥٤؛ المزني، ص ١٠٧.

(٣) في (م): (أبو حنيفة).

(٤) والتوى: وزان الحصى، وقد يمدّ بمعنى: ذهب وهلك. انظر: المغرب، المصباح (توى).

والتوى عند أبي حنيفة: أن يكون المحال عليه مفلساً، أو يحلف ماله عليه من شيء، ولم يكن للمحال عليه بينة.

وقال أبو يوسف ومحمد: هذا توى، وإفلاس المحال عليه أيضاً توى.

قال عثمان البتي: الحوالة لا يبرىء المحيل إلاَّ أن يشترط براءته، فإن اشترط البراءة، برىء المحيل إذا أحاله على مليء، وإن أحاله على مفلس، ولم (يعلم)[1] أنه مفلس، [فإنه يرجع عليه وإن أبرأه، وإن أعلمه أنه مفلس][2] وأبرأه لم يرجع على المحيل.

وقال ابن وهب عن مالك: إذا أحيل بدين عليه فقد برىء الحميل، ولا يرجع عليه بإفلاس ولا موت.

وقال ابن القاسم عن مالك: إن أحاله ولم يغرّه من [فلس][3] علمه من غريمه، فلا يرجع عليه إذا كان له عليه دين، وإن غرّه، أو لم يكن له عليه شيء، فإنه يرجع عليه إذا أحاله، وهذه حمالة.

وقال ابن المبارك عن الثوري: إذا أحاله على رجل فأفلس، فليس له أن يرجع على الآخر إلاَّ بمحضرهما، وإن مات وله ورثة ولم يترك شيئاً، رجع حضروا أو لم يحضروا.

وقال المعافى عن الثوري: إذا كفل عنه رجل بمال، وأبرأه برىء، ولا يرجع إلاَّ أن يفلس الكفيل أو يموت، فيرجع حينئذٍ على صاحبه.

وقال الليث: في الحوالة لا يرجع إذا أفلس المحتال عليه.

وقال زفر، والقاسم بن معن: في الحوالة له أن يأخذ كل واحد منهما بمنزلة الكفالة.

---

(١) في (م): (يعلمه).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من الأصل (ت)، والمثبت من (م).

(٣) في الأصل: (مفلس) والمثبت من (م) وهو المناسب للسياق.

وقال ابن أبي ليلىٰ: يبرأ صاحب الأصل بالحوالة.

وقال الشافعي: يبرأ المحيل بالحوالة، ولا يرجع عليه بموت ولا إفلاس.

قال أبو جعفر: روى يونس بن عبيد، عن نافع، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: (مطل الغني ظلم، وإذا أحلت على مليء فاتبعه)[1].

وروى مالك عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ، قال: (مطل الغني ظلم، وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع)[2]. وهذا معناه: معنى الحوالة؛ لأنه قد بيّنه في الخبر الأول، وهذا يدل على براءة المحيل، لولا ذلك لكان المليء والمعدوم سواء، وهذا يدل أيضاً على جواز الحوالة على من لا دين له عليه للمحيل؛ لأن النبي ﷺ لم يفرق بين من عليه دين، وبين من لا دين عليه للمحيل، وكان معنى ذلك: اتباع ذمة بذمة، كابتياع عبد بعبد، فإذا مات العبد قبل القبض، بطل البيع، كذلك موت (المحال)[3] عليه مفلساً. / وإفلاس المحال عليه، مثل: إباق العبد من يد البائع، فيكون للمشتري [٣٠٢] الخيار في فسخ البيع، وإن كان قد يرجىٰ رجوعه وتسليمه، كذلك إفلاس المحال عليه.

وأيضاً: لما شرط الملأ في الحوالة، دل (على زوال ذلك، فوجب عود المال إليه)[4] [كذلك إفلاس المحال عليه][5] وهذا يدل أيضاً على أنه إذا غرّه منه المحيل، فزعم أنه مليء، ثم علم أنه غير مليء، أن له أن يرجع.

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند، ٢/ ٧١.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، ٢/ ٦٧٤؛ والبخاري، في الحوالة، هل يرجع في الحوالة، (٢٢٨٧)؛ ومسلم، في المساقاة، تحريم مطل الغني، (٣٣/ ١٥٦٤).

(٣) في (م): (المحتال عليه).

(٤) في (م): (على أن زوال ذلك، يوجب عود رجوعه وتسليمه).

(٥) ما بين المعقوفتين زيدت من (م).

[١٩٩٤] في تأجيل الدين الحالّ:

قال أصحابنا: لا يجوز تأجيل القرض، ويجوز في الغصوب وسائر الديون.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أنه إذا استهلك له شيئاً مما يكال أو يوزن، ثم أخره به، فله أن يرجع في التأخير وهو بمنزلة القرض. / ولو [ت ٣٦/أ] استهلك له ثوباً أو شاة، فضمن قيمته، جاز تأخيره فيه.

وقال الحسن بن زياد عن زفر: لا يصح التأجيل في القرض ولا في الغصب.

وقال أبو يوسف: يصح في الغصب، ولا يصح في القرض.

وقال ابن القاسم عن مالك: لا بأس بأن يسلّفه دنانير ببلد على أن يعطيه إياها ببلد آخر، إذا كان على وجه المعروف والربح، ولم يكن على أن يضمنها للمقترض منه، كما يفعل أهل العراق بالسفاتج، فلا أرى به بأساً إذا ضرب لذلك أجلاً، وإذا حلّ الأجل أخذه منه حيثما لقيه.

وإن قال: أقرضتك إياها على أن تعطيني بأفريقية، ولم يضرب له أجلاً لم يعجبني ذلك، وإن استقرض منه طعاماً وضرب له أجلاً على أن يعطيه بإفريقية، فهو فاسد، وإن ضرب له أجلاً؛ لأن له حملاناً وأجرة ومؤونة، والدنانير لا حمل لها.

وقال الأوزاعي: إذا كان [له][1] عليه عشرون ديناراً حالة، فاستعدىٰ عليه، فلم يجد له شيئاً، فنجّمها عليه، فلمّا حلّ أول نجم، قال: أعطيك نصفها، وتضع عني النصف الآخر! ولا بأس بذلك؛ لأن أصل الحق كان حالاً، فإن أيسر بعدما نجّمت عليه أخذه بجميعها.

---

(١) زيد من (م).

وقال الليث: إذا كان إلى أجل، لم يكن له أن يتقاضاه قبل الأجل.

وقال عبيد الله بن الحسن: إذا أسلفه دراهم ثم أجله فيها ثم طلبها قبل الأجل، فإن تيسّرت من وجه أدّاها إليه، وإن لم يتيسّر إلاَّ أن يباع له فيه شيء من ماله، لم يبع، وقال: في ثمن المبيع ـ إذا أجله وكان حالاً، فله أن يطالبه به قبل الأجل.

وقال الشافعي: إذا [أخره] بدين حالّ، فله أن يرجع متى شاء.

قال أبو جعفر: تأجيل المال الحال بمنزلة الزيادة في ثمن المبيع، وقد ثبت عندنا ذلك، فوجب أن يكون التأجيل مثله. كأنّه كان من أصل العقد، ولا يجوز (أن يصح)[1] التأجيل في القرض؛ لأنه في الابتداء لا يصح.

وأما قيم المستهلكات فينبغي أن لا يصح التأجيل فيها؛ لأنها (ليس)[2] بمنزلة الزيادة في العقد، إلاَّ أنه قد روي عن النبي ﷺ ما يقتضي جواز تأخيرها: وهو ما روى عبد الوارث بن سعيد، عن محمد بن جحادة، عن سليمان بن بريدة، عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: (من أنظر معسراً كان له بكل يوم صدقة، ثم قلت الآن فله كل يوم مثله صدقة؟ قال: فقال: بكل يوم صدقة ما لم يحل الدين، فإن أنظره بعد الحل فله بكل يوم مثله صدقة)[3].

قال أبو جعفر: وهذا يدل على جواز الأجل في القرض؛ لأنه لا يستحق الثواب على تأجيل ثمن المبيع؛ لأن بإزائه بدلاً.

---

(١) ساقطة من (م).

(٢) ساقط من (م).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ٥/٣٥٧.
وأخرجه ابن ماجه بطريق آخر عنه، في الصدقات، إنظار المعسر، (٢٤١٨)؛ (وفي الزوائد: في إسناده نفيع بن الحارث الأعمى الكوفي، وهو متفق على ضعفه»، ٢/٨٠٨.

قال أبو بكر: يستحق الثواب بتأخير ثمن المبيع كما يستحقه بإبرائه وليس الثمن بإزاء الأجل، ولا حصة له منه. وقد دل قوله ﷺ على جواز تأخير الدين الحال.

[١٩٩٥] في الدَّين المؤجل هل يحل بالموت أم لا[١]:

قال أصحابنا ومالك، والثوري، والأوزاعي، والليث، والشافعي: من كان عليه دين إلى أجل، فمات، حلّ عليه الدين، وهو قول الزهري.

وقال الحسن، وإبراهيم: إذا مات، أو أفلس حل عليه الدين.

وقال طاووس وابن سيرين: إذا مات فدينه إلى أجله (وهو قول عمر بن عبد العزيز، وأبان بن عثمان، وسعد بن إبراهيم، وأبي بكر محمد بن عمرو ابن حزم وأبيه.

وروى خالد بن الحارث، عن عبيد الله بن الحسن: أن الدين إلى أجله)[٢] إذا ترك عيناً أو أرضاً تغل.

وروى عنه عبد الرحمن بن مهدي: أنه إن ترك عيناً، حلّ دينه، وإن ترك أرضاً لم يحل، وهو إلى أجله.

وروى عنه خالد بن الحارث [في موضع آخر][٣] إنه وإن ترك عيناً واحدة[٤] حلّ دينه، وإن ترك أرضاً وعيناً لم يحل، إلاَّ أن تكون العين وحدها.

قال أبو جعفر: لا يخلو الميراث في هذه المسألة من أن يعطاه الورثة أو يمنعوه، أو يوقف منه بمقدار الدين، ويعطون الباقي، فإن أعطيناه الورثة مع

---

(١) انظر: المزني، ١٠٤؛ الكافي، ٤١٨؛ المحلى، ٨/ ٨٥.
(٢) ما بين القوسين سقطت من (م).
(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من (م).
(٤) في (م): (وحده).

الدين كان خلاف الآية لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء/ ١١]، وإن وقفناه أوقفنا منه بمقدار الدين، لم يكن فيما وقف نفع [لأحد] لا للورثة ولا للغرباء، وإنما يصح معنى الأجل فيما ينتفع به لأجل التأجيل، فلما لم يكن في التأجيل حق لأحد، بطل، وحلّ الدين.

[١٩٩٦] في صلح الوارث الغريم:

قال أصحابنا وسائر الفقهاء: يجوز للوارث أن يصالح الغرماء على بعض الدين، وقال الأوزاعي: لا يسعه[1] ذلك.

قال أبو جعفر: ولم نجد هذا القول عن أحد من أهل العلم غير الأوزاعي.

وقد روى جرير بن عبد الحميد، عن مغيرة، عن الشعبي، عن جابر بن عبد الله قال: (استشهد أبي يوم أحد، وعليه دين فاستعنت رسول الله ﷺ / على غرمائه أن يضعوا من دينه، فطلب إليهم! فلم يفعلوا، فقال لي رسول الله ﷺ: (اذهب وصنف تمرك أصنافاً: العجوة على حدة، وغدق [ابن] زيد على حدة، ثم أرسل إليّ)، ففعلت ذلك ثم أرسلت إلى النبي ﷺ، فجاء فجلس على أعلاه، أو في وسطه، ثم قال: كِل للقوم! قال: فكلت للقوم حتى أوفيتهم الذي لهم، ثم بقي تمري، كأنه لم ينقص منه شيء)[2]. [٣٠٤]

فدل هذا على فساد قول الأوزاعي.

[١٩٩٧] فيمن عليه دَين فدفع خلاف جنسه[3]:

قال ابن القاسم، عن مالك في رجل باع رجلاً سلماً[4]. بنصف دينار، فأتاه بنصف دينار دراهم، أن البائع يجبر على أخذها.

---

(١) في (م): (يسقط).

(٢) أخرجه البخاري، في البيوع، الكيل على البائع والمعطي (٢١٢٧).

(٣) انظر: المدونة، ٥/ ٢١٦.

(٤) في (م): (سلعة).

قال ابن القاسم: والقرض عندي كذلك.

ولم نجد هذا القول عن أحد من أهل العلم غير مالك، وأصحابنا وغيرهم على خلافه.

وأخذ الدراهم بالدنانير بيع، لقوله ﷺ ـ في جوابه لابن عمر رضي الله عنهما حين سأله عن أخذ الدراهم عن الدنانير ـ : (لا بأس به ما لم تفترقا وبينكما شيء)(١).

والتبايع لا يكون إلاَّ عن تراض.

[١١٩٨] في أكل هدية الغريم(٢):

قال أصحابنا: كل قرض جر منفعة، فلا خير فيه، وروى مثله عن إبراهيم.

وهذا عندهم إذا / كانت المنفعة مشروطة فيه، فأما إذا أهدى إليه من غير [ت ٣٧/أ] شرط أو أكل عنده، فلا بأس به عندهم.

وقال مالك: لا يصلح له أن يقبل هديته إلاَّ أن يكون ذلك بينهما معروفاً، وهو يعلم أن ليس هديته إليه لمكان دينه.

وقال الثوري: مثل ذلك.

وقال الليث: أكره له أن يقبل هديته، أو يأكل عنده.

وقال عبيد الله بن الحسن: لا بأس بأن يأكل الرجل عند غريمه.

---

(١) أخرجه أبو داود ـ وغيره ـ بلفظ (لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم تفترقا...) في البيوع، في اقتضاء الذهب من الورق، (٣٣٥٤)، الترمذي في البيوع، ما جاء في الصرف، (١٢٤٢)، وقال: «لا نعرفه مرفوعاً إلاَّ من حديث سماك بن حرب...»، النسائي، ٧/ ٢٨٣، ابن ماجه، (٢٢٦٢)، وقال البيهقي: «تفرد برفعه سماك بن حرب...»، السنن الكبرى، ٥/ ٢٨٤.

(٢) انظر: مصنف عبد الرزاق، ٨/ ١٤٥؛ آثار محمد، ص ١٦٩، ١٧٠؛ المحلى، ٨/ ٨٦.

وقال الشافعي: لا بأس بأن يقضيه أجود من دينه، أو دونه إذا تراضيا بذلك.

قال أبو جعفر: (روى نافع أنه كان لعبد الله بن عمر صديق يسلفه، وكان عبد الله بن عمر يهدي له)[1].

وروى شعبة عن يحيى بن سعيد، عن أنس قال: (إذا أقرضت رجلاً قرضاً فلا تركب دابته، ولا تأكل هديته إلاّ أن يكون قد جرت بينك وبينه، قبل ذلك مخالطة).

وروى سفيان، عن عمار الدُّهني، عن سالم بن أبي الجعد: (أن رجلاً أقرض سماكاً عشرين درهماً فأهدى إليه بثلاثة عشر درهماً، فسأل ابن عباس؟ فقال: خذ منه سبعة).

وروى كراهة قبول الهداية من الغريم عن أُبي بن كعب، وعبد الله بن سلاّم[2].

وقد روى في حديث أبي رافع وأبي هريرة أن النبي ﷺ (قضى الذي كان استسلف منه فوق حقه.[3] / [٣٠٥]

---

(١) لم أعثر لابن عمر رضي الله عنهما هذا الأثر في مظان كتب الآثار، بل روى عبد الرزاق بسنده عنه: (جاء رجل ابن عمر فقال: إني أقرضت رجلاً قرضاً، فأهدى لي هدية، فقال: أردد إليه هديته أو أثبه).
وروى أيضاً بسنده أنه قال في مثل نحو ذلك: (أثبه مكان هديته، أو أحسبها له مما عليه، أو أرددها عليه). ٨/ ١٤٤.

(٢) انظر الآثار بالتفصيل، مصنف عبد الرزاق ٨/ ١٤٢ ـ ١٤٤؛ المحلى، ٨/ ٨٥، ٨٦.

(٣) حديث أبي رافع: (أنه ﷺ استسلف بكراً، وقضاه خياراً رباعاً، وقال: (فإن خيار الناس أحسنهم قضاءً).
ونحوه حديث أبي هريرة: (قال استقرض رسول الله ﷺ سنا، فأعطى سنا فوقه، وقال خياركم محاسنكم قضاءً).
أخرجهما مسلم، في المساقاة، من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه (١٦٠٠، ١٦٠١)، وغيره من أصاب السنن.

فدل على إباحة مثل ذلك المعنى.

وقد روى أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الله بن نمير، قال: حدثنا يزيد بن زياد بن أبي الجعد، قال حدثنا أبو صخرة جامع بن شداد عن طارق المحاربي، قال لما ظهر الإسلام خرجنا في ركب ومعنا ظعينة لنا حتى نزلنا قريباً من المدينة، فبينا نحن قعود إذ أتانا رجل عليه ثوبان أبيضان، فسلّم ثم قال: من أين أقبل القوم؟ فقلنا من الربده. ومعنا جمل أحمر، فقال: أتبيعوني الجمل؟ قال: قلنا: نعم، قال: بكم؟ قال: قلنا بكذا وكذا صاعاً من تمر، قال: فأخذه ولم يستنقصنا شيئاً، قال: قد أخذته، فأخذ برأس الجمل حتى توارى بحيطان المدينة، قال: فتلاومنا فيما بيننا، قلنا: أعطيتم جملكم رجلاً لا تعرفونه، فقالت الظعينة: لا تلوموا، لقد رأيت وجه رجل، ما كان ليخفركم ما رأيت شيئاً أشبه بالقمر ليلة البدر من وجه رجل، ما كان العشي أتانا رجل فقال: السلام عليكم، أنا رسول رسول الله ﷺ، وهو يأمركم أن تأكلوا حتى تشبعوا، وأن تكتالوا حتى تستوفوا، فأكلنا حتى شبعنا، واكتلنا حتى استوفينا)[1].

فكان في هذا إباحة من له دين أكل طعام من عليه ذلك الدين مع ما في حديث أبي رافع، وأبي هريرة، فدل على أن ذلك ليس من الربا، والعادة وغير العادة في ذلك سواء؛ لأن الأحكام إنما تتبع الحقائق لا الظنون.

[١٩٩٩] فيمن عليه دين مؤجل، فأراد سفراً[2]:

قال هشام، عن محمد في رجل ضمن، عن رجل مالاً بأمره، فأراد المضمون عنه أن يخرج؛ وقال الكفيل: لا تخرج حتى / تصحح لي. [ت ٣٧/ ب]

(١) وأخرجه أيضاً الطبراني عن طارق نحوه، كما قال الهيثمي، وقال: «وفيه أبو حباب الكلبي وهو مدلس، وقد وثّقه ابن حبان، وبقية رجاله رجال الصحيح»، مجمع الزوائد، ٦/ ٢٢، ٢٣.

(٢) انظر: المختصر، ص ٩٧؛ المزني، ص ١٠٥.

وقال محمد: إن كان ضمان النفس والمال إلى أجل، فلا سبيل للكفيل عليه، وإن لم يكن إلى أجل، فله أن يأخذه حتى يخلصه منه، إما بأداء المال، وإما ببراءة منه، وأما في كفالة النفس، فيرد النفس، ولم يحكِ خلافاً.

وقال ابن القاسم، عن مالك: فيمن عليه دين مؤجل، فأراد سفراً، فليس له ذلك، إلاَّ أن يأتي بجميل (أوثقة)[1] من حقه، إلاَّ أن يكون سفراً قريباً، يأتي في مثله إلى ذلك الأجل، فأرى له أن يخرج.

وقال الثوري: إذا بقي من الأجل ثلاثة أيام (فأراد أن يسافر مسيرة سنة)[2] أو نحو ذلك [قال][3] يركب معه، وإذا حلّ حقه فليلزمه.

وقال الليث: لا يتركه يخرج حتى يعطيه ثقة حقه حميلاً أو غير ذلك، وإن كان قد بقى من حلول الأجل شيء كثير، وكان مأموناً في رجعته، وكان قدومه عند حلول الأجل، خلّى بينه وبين الخروج، وإن كان مما يخاف طول الغيبة بعد الأجل، لم يترك أن يخرج حتى يقيم حميلاً أو ثقة من حق الرجل إن لم يقدم بحلول الأجل.

وقال المزني عن الشافعي: إذا أراد الذي عليه الدين إلى أجل السفر، وأراد غريمه / منعه[4]، لبعد سفره، وقرب أجله، أو يأخذ منه كفيلاً به، منع منه. وقيل [له][5] حقك حيث وضعته ورضيته.

قال أبو جعفر: لما كان له مطالبته بالدين الحال ولزومه، وحبسه، ولم يكن له ذلك في الدين المؤجل وجب أن لا يمنعه في السفر، إذ لا مطالبة له في الحال.

---

(١) في (م): (وثيقة).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من (م).

(٣) في الأصل: (فلا يركب)، والمثبت من (م)، وهو المناسب لسياق العبارة ــ والله أعلم ــ.

(٤) في (م): زيادة (منه).

(٥) الزيادة من نص المزني.

[٢٠٠٠] في لزوم المفلس[١]:

قال أصحابنا: في الرجل يفلسه القاضي فيخرجه من السجن، أنه لا يحول بينه وبين ملازمته، وهو قول ابن أبي ليلى، وسوار بن عبد الله، وعبيد الله بن الحسن.

وقال سوار وعبيد الله: للغرماء أن يدفعوه في ضيعةٍ، فيكون لغرمائه فضل كسبه عن نفقته.

وقال المزني عن الشافعي: يمنع غرماؤه من لزومه.

وقال الربيع عن الشافعي: ولو كانت له حِرفة تفضل عن نفقة بدنه شيء، أخذ في دينه، ولا ينفق على أهله ولا ولده، والدين أولى، وإذا أراد الغرماء أخذ المال، حبس لصاحب المال قوت عياله اليوم.

قال أبو جعفر: قوله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة/ ٢٨٠]، يوجب تأخيره، فصار كالدين المؤجل، فيمنع لزومه.

وقد روى عمرو بن الشريد، عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: (ليّ الواجد، يحل عرضه وعقوبته)[٢]: فكانت العقوبة على الواجد. فدل على أنه إذا كان غير واجد فلا عقوبة عليه، ولا يحل عرضه. وقد روى أبو الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة أنه قال: (مطل الغنيّ ظلم)[٣] ورواه أيضاً: يونس بن عبيد، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ. فإذا كان مطل الغني ظلماً،

---

(١) انظر: مشكل الآثار، ٢/ ٣٥٩؛ المحلى، ٨/ ١٧٢؛ المزني، ص ١٠٥؛ المنتقى، ٥/ ٨٢.

(٢) أخرجه أبو داود، في الأقضية، في الحبس في الدين وغيره، (٣٦٢٨).
والنسائي، في البيوع، مطل الغني، ٧/ ٣١٦؛ ابن ماجه في الصدقات، (٢٤٢٧).

(٣) أخرجه الشيخان، وقد سبق تخريجه.

(فمطل الذي ليس بغني)[1] ليس بظلم، ولا مطالبة عليه إذاً، وإذا سقطت المطالبة زالت الملازمة.

[ت ٣٨/أ] [٢٠٠١] / في حبس الأب بدين الابن[2]:

قال أصحابنا، ومالك، وابن شبرمة، والأوزاعي، والليث، والشافعي: لا يجوز للأب أن يتصرف في مال الابن الكبير العاقل من غير عذر ولا حاجة، وإن استهلك شيئاً من ماله، فعليه ضمانه.

وقال ابن أبي ليلىٰ: لا ضمان عليه فيما استهلكه الأب من مال الابن ويجوز بيعه لمال ابنه الكبير.

وقال أصحابنا: لا يحبس الأب لولده بدين عليه، إلاَّ أن أبا يوسف قال: إن ألدّ وتمرد[3] حبسته.

وقال ابن القاسم عن مالك: لا يحلف الأب للابن.

قال ابن القاسم: وقياس قوله: لا يحبس له في الدين.

وقال الليث: يقضي بينهما، كما يقضي بين الأجنبيين في الأموال، إلاَّ أنه يؤمر الابن بحسن الصيانة له.

[٣٠٧] وقال الشافعي: / إذا استهلك مالاً لابنه من غير حاجة، رجع عليه الابن كما يرجع على الأجنبيّ.

قال أبو جعفر: قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون/ ٥، ٦]: فأباح للابن ملك يمينه، فدل على أن أباه لا يملكها، وأنها محرمة.

---

(١) في (م): (فمطل غير الغني).

(٢) انظر: المسألة بالتفصيل، معاني الآثار، ٤/١٥٨ ـ ١٦٠؛ المدونة، ٥/٢٠٥.

(٣) في (م): زيادة (على). الدّ: بين اللَّدَد: «شديد الخصومة»، المصباح (لدد).

ولما أخرج للأب سهام المواريث في مال الابن الميت مع سائر ذوي السهام بقوله: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء/ ١١]، فدل على أنه لا يملك مال ابنه؛ لأنه لو كان (يملك)[1] لما دخل معه غيره بعد الموت.

وأيضاً قال تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء/ ١١]: فاستحال أن يقضي دين من مال الأب، وكذلك وصاياه، إنما ينفذ في ماله؛ لأن أباه لا يملكه، وإن ملكه ما صحت وصية الابن فيه.

فإن قيل: روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: قال رجل يا رسول الله إن لي مالاً، ولي والد يريد أن يجتاح مالي، فقال رسول الله ﷺ: (أنت ومالك لأبيك، إن أولادكم من أطيب كسبكم، وكلوا من كسب أولادكم)[2].

وروى عيسى بن يونس قال: حدثنا يوسف بن إسحاق، عن ابن المنكدر عن جابر بن عبد الله أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: إن لي مالاً وعيالاً، وإن لأبي مالاً وعيالاً، وإنه يريد أن يأخذ مالي إلى ماله، فقال رسول الله ﷺ: (أنت ومالك لأبيك)[3].

قيل له معنى: إنه في مال ابنه كهو في الابن نفسه، فلما لم يكن إضافة الابن إليه موجبة لملكه للابن كذلك إضافة ماله إليه، لا على وجه الملك، ولكنه

---

(١) في (م): (يملكه).

(٢) أخرجه الطحاوي، معاني الآثار، ١٥٨/٤؛ وأبو داود، في البيوع، في الرجل يأكل من مال ولده (٣٥٣٠)، وابن ماجه في التجارات (٢٢٩٢).

(٣) أخرجه الطحاوي، معاني الآثار، ١٥٨/٤؛ وابن ماجه، في التجارات، ما للرجل من مال ولده (٢٢٩١)، وقال البوصيري في الزوائد: «إسناده صحيح، ورجاله ثقات على شرط البخاري».

أنه لا ينبغي لابنه أن يخالف أباه فيما يأمره [به][1] في نفسه وماله، مما أباحه الله تعالى له.

وذلك نحو ما روى الأعمش، عن أبي صالح، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: (ما نفعني مال قط ما نفعني مال أبي بكر، فقال أبو بكر: إنما أنا ومالي لك يا رسول الله)[2]. فلم يرد بذلك الملك، وإنما أراد أن أمره مطلق فيهما، كانطلاقه في مال نفسه، كذلك ما وصفنا.

[٢٠٠٢] فيمن أراد قضاء دينه وأبي الذي له قبوله:

قال أصحابنا: إذا قال لعبده: إذا أديت إليّ ألف درهم، فأنت حر، فجاء بألف أجبر المولىٰ على قبولها.

قال محمد: وقال بعض فقهائنا لا يجبر على قبوله.

قال محمد: وأنا أرى أنه إذا وضعها في موضع يمكن المولى أخذها، عتق./ [ت ٣٨/ب]

وقال مالك: إذا كان عليه دين مؤجل، (من عين)[3] فجاءه به قبل الأجل أجبر على قبوله، وإن كان الدين من عرض، أو قرض، أو طعام، أو حيوان، أجبر عل أخذه قبل الأجل، وإن كان من بيع ابتاعه هو أو عرض، أو طعام، أو حيوان، / لم يجبر الذي له الدين أن يأخذه قبل مجيء الأجل، رواه [٣٠٨] ابن القاسم عنه.

---

(١) الزيادة من (م)، انظر: معاني الآثار، ٤/١٥٨.

(٢) أخرجه ابن ماجه بسنده بمثله، في المقدمة، فضائل أصحاب رسول الله ﷺ (٩٤).
وفي الزوائد: «إسناده إلى أبي هريرة فيه مقال؛ لأن سليمان بن مهران الأعمش يدلس، وكذا أبو معاوية، إلاَّ أنه صرح بالتحيث، فزال التدليس، وباقي رجاله ثقات». اهـ.
وأخرجه الترمذي، بطريق آخر عنه الشطر الأول، وقال: «حديث حسن غريب من هذا الوجه». في المناقب، مناقب أبي بكر الصديق، (٣٦٦١).

(٣) ساقطة من (م).

وقال الليث: إذا كان الدين عيناً من ذهب، أو ورق، فجاء به، قبل محل[1] الأجل، أجبر على قبوله، ولا يجبر على قبول العروض والحيوان قبل الأجل.

وقال المزني عن الشافعي: إن كان نحاساً أو تبراً، أو عرضاً خير مأكول ولا مشروب، ولا ذي روح، أجبر[2] على أخذه قبل محله وإن كان مأكولاً أو مشروباً أو حيواناً لم يجبر على أخذه قبل محله: لأنه قد[3] يريد أكله وشربه جديداً، ويلزمه في الحيوان مؤونة.

قال أبو جعفر: أخبرني سعيد بن أبي سعيد المقبري، عن أبيه قال: اشترتني امرأة بسوق ذي المجاز بسبعمائة درهم، ثم قدمت المدينة، وكاتبتني على أربعين ألفاً، فأديت إليها عامة المال، ثم حملت ما بقى إليها، فقلت: هذا مالك أقبضيه! قالت: لا والله حتى آخذه منك شهراً بشهر، وسنة بسنة، قال: فرحت به إلى عمر بن الخطاب [رضي الله عنه] فذكرت ذلك له، فقال عمر: ادفعه إلى بيت المال، ثم بعث إليها، فقال لها: هذا مالك في بيت المال، وقد عتق أبو سعيد، فإن شئت فخذيه شهراً بشهر، وسنة بسنة، وإن شئت فخذيه)[4].

فدل ذلك أنه قد برىء منها بإحضاره إياه ثم رأى الإمام قبضه ليحفظه عليها.

وقد روى الزهري، عن نبهان مولى أمّ سَلَمة قالت: قال رسول الله ﷺ (إذا كان لإحداكن مكاتب، وكان عنده ما يؤدي، فلتحتجب منه)[5]. فأمرها بالاحتجاب إذا كان عنده ما يؤدي، وكان مخالفاً لحاله قبل ذلك.

---

(١) في (م): (مجيء).

(٢) في (م) زيادة: (به).

(٣) في (م): (بعده).

(٤) انظر: المحلى، ٨/٨١، ٨٢.

(٥) أخرجه أبو داود، في العتق، في المكاتب يؤدي بعض كتابته، (٣٩٢٨)؛ والترمذي في البيوع، (١٢٦١)؛ ابن ماجه في العتق، (٢٥٢٠).

كذلك إذا قدر المولى على قبض الكتابة، يجعله في حكم القابض، فدل على أنه لا معنىٰ لإجبار الذي له الدين على قبضه، أنه متى خلّى بينه وبينه، برىء منه.

آخر الكفالة والحوالة

• • •

كتاب الرهن[1]

[٢٠٠٣] في رهن المشاع[2]:

قال أبو حنيفة، وأصحابه: لا يجوز رهن المشاع لا [فيما][3] يقسم، ولا فيما لا يقسم.

وقال ابن القاسم عن مالك: يجوز الرهن غير مقسوم إذا قبضه، [صاحبه][4] وحازه مع من له فيه شرك.

قال: ولو رهنه سدس دار، أو سدس حمّام، أو نصف ثوب، فقبضه أنه يحوزه دون صاحبه، ولو رهنه نصف دابة، فإنه يقبض جميعها، ولو كانت بين الراهن وبين آخر، قبض حصة الراهن، فإن شاء جعلها على يدي شريك الراهن، فذلك جائز، وإن ارتهن نصف هذا الطعام وهو بينه وبين غيره، قال: إذا ارتهنه

---

(١) الرهن لغة: الدوام والثبوت، والحبس. انظر القاموس، المصباح (رهن) واختلف الفقهاء في تعريفه تبعاً لاختلاف أهل اللغة، فعرّفه المرغيناني بأنه: «جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالدين»، وعرفه الرملي بأنه: «جعل عين متمولة، وثيقة بدين ليستوفي منها عند تعذر وفائه»، ومن ثم يكون الراهن هو: المدين، والمرتهن هو: الدائن، والرهن هو: الشيء المرهون. انظر: الهداية، ٤/١٢٦؛ نهاية المحتاج ٤/٢٣٣.

(٢) انظر: المبسوط، ٢١/٦٩، المزني، ص٩٣؛ الأم، ٣/١٩٠؛ المدونة، ٥/٢٩٦؛ الإشراف، ١/٨٦.

(٣) في الأصل: (مما)، والمثبت من (م).

(٤) الزيادة من نص المدونة.

فحزته، فهو جائز، يقاسم الشريك الراهن إن كان حاضراً، فيكون نصفه في يد المرتهن وإن لم يكن الراهن حاضراً، قاسمه السلطان أو يأمره بذلك.

[ت ٣٩/أ] / وقال ابن المبارك، عن الثوري: في الرجل يرتهن الرهن، فيستحق بعضه، قال يخرج من الرهن، ولكن له أن يجبر الراهن على أن يجعله[١] رهناً، فإن مات قبل أن يجعله[١] رهناً، كان بينه وبين الغرماء.

وروى حميد، عن الحسن بن حي: أنه كان يرى الرهن فيما يقسم جائز حتى يقسم.

وروى المختار عنه قال: وما كان من نصيب لا يستطاع أن يقسم: نحو الحمام، والسفينة، فهو يكون رهناً، وما[٢] يقسم: لا يكون النصيب منه رهناً.

وقال الشافعي: يجوز رهن المشاع فيما يقسم، وما لا يقسم.

وقال أبو جعفر: اتفقوا على أن الرهن في المقسوم[٣] لا يصح بنفس العقد، حتى يكون معه تسليم من الراهن، وقبض من المرتهن، ويكون المرتهن بعد الموت أحق به من سائر الغرماء، بثبوت حقه في جنسه.

فدل على أنه يحتاج إلى دوام القبض، والمشاع يستحق فيه اليد بالمهايأة، وذلك معنى موجود مع العقد وفي ارتفاع اليد ارتفاع الرهن وفساده،فدل أنه لا يصح[٤].

---

(١) العبارة في أحكام القرآن للجصاص: «على أن يجعل هنا مكانه» في الموضعين، ١/ ٥٢٤.

(٢) في (م): (وما لا يقسم).

(٣) في (م) زيادة: (أنه).

(٤) في (م) زيادة: (في المشاع).

[٢٠٠٤] في الرهن يوضع على يدي عدل[١]:

قال أصحابنا، والثوري: يصح الرهن إذا جعلاه على يدي عدل، ويكون مضموناً على المرتهن.

(وقال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، والأوزاعي: لا يجوز حتى يقبضه المرتهن)[٢].

وقال مالك: إذا جعلاه على يدي عدل، فضياعه من الراهن.

وقال الشافعي: في رهن شقص السيف إن قبضه، أن يحول حتى يضعه الراهن، (والمرتهن) على يدي عدل، أو على يدي الشريك.

قال أبو جعفر: القياس: أن لا يصح الرهن بوضعه على يدي عدل؛ لأن يد العدل بمنزلة يد هما جميعاً، ولو كان شرطاً[٣] أن يكون في أيديهما لم يصح، كذلك إذا جعلاه على يدي عدل؛ لأنه ليس أحدهما بهذه اليد أولى من الآخر بها، وكما لو تراضى المتبايعان على جعل المبيع على يدي عدل، لم يكن ذلك قبضاً للمشتري، ولو هلك، هلك من مال البائع، كذلك الرهن.

[٢٠٠٥] في رهن الدين:

قال ابن القاسم عن مالك في قياس قوله: إذا كان لرجل [عليّ][٤] دين، فبعته بيعاً وارتهنت منه الدين الذي له [عليّ][٤]، فهو جائز. وهو أقوى من أن يرتهن ديناً على غيره؛ لأنه جائز لما عليه.

---

(١) انظر: المبسوط، ٢١/٧٧، اختلاف أبي حنيفة، ص ٥٣؛ المزني، ٩٣؛ المدونة، ٥/٣٠٥، الإشراف، ١/٧٢.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من (م).

(٣) في (م): (شرط).

(٤) في الأصل: (على رجل) في الموضعين، والمثبت من (م)، ومن نص المدونة، ٥/٣٤٠.

[٣١٠] ويجوز في قول مالك: أن يرتهن الرجل الدين (يكون له على رجل/ فيبتاع من رجل بيعاً، فيرهن منه الدين)[١] الذي له على ذلك الرجل، ويقبض ذلك الحق، ويشهد له.

قال أبو جعفر: ولا نعلم أحداً من أهل العلم أجاز أن يكون الدين رهناً بدين سواه غير مالك، وهو في القياس أيضاً فاسد؛ لأن من كان في يده شيء فارتهنه، فليس يخلو من أن يكون مضموناً بنفسه، فينتقل ضمانه إلى ضمان (الرهن)[٢]، ويكون أمانة، (فتنتقل[٣] الأمانة) إلى الضمان، والدين باق بعد الرهن وقبله على ما كان عليه إلى الضمان، فلم يصح رهناً ببقائه على حكمه قبل أن يرهن.

[٢٠٠٦] في ولد المرهونة[٤]:

قال أبو حنيفة وأصحابنا: إذا ولدت المرهونة بعد الرهن، دخل ولدها في الرهن، وكذلك اللبن والصوف، وثمر النخل والشجر، وهو قول الثوري، والحسن بن حيّ.

وقال مالك: ما حدث من ولد فهو رهن، وليست الثمرة الحادثة به رهناً مع الأصل.

وقال الليث: إذا كان الدين حالاً، دخلت الثمرة في الرهن، وإن كان إلى أجل، فالثمرة لصاحب الأصل.

وروى عنه: أنها لا تدخل فيه إلاَّ أن تكون موجودة يوم الرهن.

---

(١) ساقطة ما بين القوسين في (م).

(٢) في الأصل مضطرب، وفي (م): (الراهن).

(٣) في (م): (فينتقل من الأمانة).

(٤) انظر: المبسوط، ٧٤/٢١، ٧٥؛ المختصر، ص ٩٤، المدونة، ٣٠٤/٥؛ المزني، ص ٩٦، ٩٧.

قال الشافعي: لا يدخل الولد ولا الثمرة الحادثة في الرهن.

قال أبو جعفر: الدين حق ثابت في رقبة الرهن؛ بدلالة أن المرتهن بعد الموت أحق به من سائر الغرماء، حتى يستوفى دينه (وكان كحق الكتابة في رقبة الأم)[1]، فيوجب دخول الولد فيها[2]، ولا فرق بين الثمرة وبين الولد؛ لأن ذلك نماء[3] حادث من الأصل، وقد أجاز مالك أن يشترط الثمرةالحادثة في المستقبل في الرهن. فتكون داخلة فيه، وقد جعل الشافعي ولد المغصوبة مضموناً مع الأصل، فالرهن بذلك أولى.

[٢٠٠٧] في رهن الثمرة القائمة في رؤوس النخل[4]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: لا يجوز رهن الثمرة القائمة في رؤوس النخل دون النخل.

وقال ابن القاسم عن مالك: يجوز إذا أجازه وقبضه، وكان هو يسقيه، أو جعله على يدي رجل بإذن الراهن يسقيه ويليه، وكذلك الزرع الذي لم يبد صلاحه. وإذا ارتهن ثمرة قبل أن يبدو صلاحها، فإنه يحتاج أن يقبض النخل معها؛ لأنه لا يقدر على قبض الثمرة إلاَّ بقبض النخل، والنخل مع ذلك ليس برهن معها، وكذلك لا يصح قبض الزرع إلاَّ بقبض الأرض، وإن لم تكن الأرض رهناً معه، وإذا أفلس وقد حازها المرتهن، فالثمرة له دون الغرماء، والنخل للغرماء.

وقال الشافعي: لا يصح رهن الثمرة دون النخل طلعاً مؤبراً، أو قبل بدو

---

(١) في (م): (فصار حق الكتابة في رقبة الأمر).
(٢) في (م): (فلا).
(٣) في (م): (بما حادث له).
(٤) انظر: المبسوط، ٢١/ ٧٢، المدونة، ٥/ ٣٠٠؛ المزني، ص ٩٩.

[٣١١] صلاحها، إلاَّ أن يتشارطا أن للمرتهن إذا حلّ / حقه، قطعها وبيعها، فيجوز الرهن؛ لأن المعروف من الثمر أنه يترك إلى أن يصلح.

قال أبو جعفر: لا خلاف في جواز بيع الثمرة القائمة، وقد روى عن أبي بكر في بطلان هذه الثمرة القائمة حتى يحوزها، بقوله لعائشة: (إنك لم تكوني حزتيه ولا قبضتيه، وإنما هو مال الوارث)[١].

والرهن بمنزلة الهبة؛ لأنهما جميعاً لا يصحان إلاَّ بالقبض، والبيع يصح بغير قبض وتملك.

[٢٠٠٨] في رهن الموزونات[٢]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: يصح رهن الدراهم والدنانير وسائر الموزونات وغيرها إذا قبضت، ولا يشترطون فيها الختم.

وقال ابن القاسم عن مالك: إنما لم يصح الرهن في الدراهم والدنانير والفلوس والطعام إذا طبع عليها، والحليّ يصح رهنه من غير طبع، وكذلك الثياب.

[ت ٤٠/أ] / وروى أشهب عن مالك: أنه [لا][٣] يطبع في الرهن إلاَّ الدراهم والدنانير خاصة.

وقال الربيع عن الشافعي في البويطي: لا يصح الرهن إلاَّ مقبوضاً، والقبوض من وجهين: ما يكال أو يوزن، أو ينقل (فسبيله)[٤] الكيل والوزن والنقل، وما لا ينقل فالتخلية.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: المبسوط، ٢١/٦١٧؛ المدونة، ٥/٣١٨؛ المزني، ٩٣؛ الأم، ٣/١٤١.

(٣) في الأصل: (يطبع)، وأما النفي المثبت من (م). فالسياق يدل على ذلك من النصوص السابقة الواردة في المدونة. وإن كنت لم أعثر على رواية ابن أشهب.

(٤) في (م): (فتسليمه).

فدل ذلك من قوله أنه لا يعتبر الختم.

قال أبو جعفر: لا يخلو الرهن من أن يكون مضموناً، أو أمانة، فإن كان مضموناً فالقول في الأشياء المضونة: قول ضامنها، فلا معنى للختم فيها. وإن كان أمانة، فالقول: قول الأمين أيضاً، فلا وجه للختم، وقد اعتبروا[1] في الثياب أيضاً أنها لا تعتبر فيها الختم، وكذلك ما سواها. وكذلك روى عن ابن عباس وعائشة، وأنس (أن النبي ﷺ توفى ودرعه مرهونة عند يهوديّ بطعام أخذه لأهله)[2] ولم يذكر فيه الختم.

[٢٠٠٩] في الرهن بما يحدث[3]:

قال أبو حنيفة: الرهن بالدَرَك[4] باطل.

قال أبو جعفر: فهذا يدل على أنه لا يجوز الرهن بدين غير ثابت في الحال، وأنه لا يجوز بما يجوز أن يكون، ويجوز أن لا يكون.

قال ابن القاسم في قياس قول مالك: إذا دفعت إلى رجل رهناً، فقلت: هذا لك رهن بكل ما أقرضت فلاناً من شيء، فهذا جائز.

وقال المزني عن الشافعي: لو قال أرهنك داري على أن تداينني فداينه، لم يكن رهناً حتى يعقد الرهن مع الحق أو بعده.

قال أبو جعفر: الرهن إنما يكون محبوساً بالدين، فإذا لم يكن دين، لم يصح؛ لأنه لا يكون محبوساً بشيء.

---

(١) في (م): (اتفقوا).

(٢) حديث عائشة رضي الله عنها أخرجه البخاري، في الجهاد، ما قيل في درع النبي ﷺ (٢٩١٥)؛ ومسلم في المساقاة، الرهن وجوازه في السفر والحضر، (١٦٠٣).

(٣) انظر: المبسوط، ٢١/٧٣؛ المزني، ٩٣.

(٤) الدرك ــ بفتحتين ــ التبعية، أي العاقبة أو ما يلحق من خير وشر. انظر المصباح الهادي (درك).

[٢٠١٠] في زيادة الدَّين في الرهن[١]:

قال أبو حنيفة ومحمد: لا تجوز زيادة الدين في الرهن، وهو قول الثوري. / [٣١٢]

وقال أبو يوسف: تجوز الزيادة في الدين، وهو قول الشافعي.

قال أبو جعفر: لما كان الرهن مشغولاً بالدين الأول، لم يجز أن يصير شيئاً منه رهناً بالدين الثاني؛ لأن الرهن إنما يصح في الفارغ دون المشغول.

فإن قيل: قد أجزت[٢] الزيادة في الرهن.

قيل له: لأن هذه الزيادة غير مشغولة، فصح رهنه.

[٢٠١١] في ارتهان الرجلين[٣]:

قال أبو حنيفة: إذا ارتهن رجلان بدين لهما على رجل هما فيه شريكان، أو غير شريكين، فهو جائز إن أقبضاه، ولا يأخذ شيئاً منه حتى يوفيهما جميع الدين.

وقال مالك مثل ذلك، إلاّ أنه قال: إذا لم يكونا شريكين، فإنه إذا قضى أحدهما قبض حصته، وإن كان شريكين لم يصح قضاء أحدهما دون الآخر.

وقال الشافعي: يصح الرهن ولكل واحد نصف رهن بنصف حقه، وإذا قضى أحدهما نصيبه أخذ نصيبه من الرهن.

[٢٠١٢] في رهن المكاتب[٤]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: يجوز رهن المكاتب وارتهانه، وكذلك المأذون له في التجارة.

---

(١) انظر: المختصر، ص ٩٤؛ الإشراف، ١/٨٣.

(٢) في (م): (أحدث).

(٣) انظر: المبسوط، ٢١/١٦٤؛ المزني، ص ٩٩.

(٤) انظر: المبسوط، ٢١/١٤٩؛ المدونة، ٥/٣٢٦؛ المزني، ص ٩٣.

وقال مالك فيما ذكر عنه ابن القاسم: يجوز ذلك لهما إذا أصابا وجه الرهن؛ لأنه جائز البيع والشراء.

وقال الشافعي: لا يجوز رهن المكاتب والعبد ولا والي الطفل؛ لأن الدين لازم، والرهن أمانة فالرهن نقص عليهم، فلا يجوز أن يرهنوا / إلاَّ حيث يجوز [ت ٤٠/ب] أن يودعوا أموالهم من الضرورة.

قال أبو جعفر: القياس أن يكون الرهن بمنزلة البيع، فيجوز على ما يجوز عليه البيع، فإذا باع المكاتب أو المأذون بأقل من القيمة، جاز في قول أبي حنيفة.

فقياس قوله في الرهن أن يجوز بالقليل والكثير.

وقياس قول أبي يوسف، ومحمد: ينبغي أن لا يجوز إلاَّ بمثل القيمة، ولا يجوز أن يرهن ما يساوي ألفاً بمائة، كما لا يجوز البيع، ولا يكون الفضل الذي هو أمين فيه بمنزلة الوديعة؛ لأنه قد أثبت فيه حقاً لا يمكنه معه أخذه إلاَّ بعد قضاء الدين.

وعلى قول الشافعي: إن الرهن أمانة، فهو مستمر على أصله؛ لأنه أوجب للمرتهن حقاً، ولا يقع للراهن[1] فيه، إلاَّ أنه أجازه في الموضع الذي يجوز أن يودع، وهذا ليس بشيء؛ لأن المودع يأخذ الوديعة متى شاء والراهن لا يمكنه أخذه إلاَّ بعد قضاء الدين، فيحصل أمانة يوجب فيه حقاً للمرتهن، فلا يقع للراهن فيه. وأمّا مالك: فإنه يجعل الرهن مضموناً بالقيمة، فيما يعاب عليه، إلاَّ أنه قد أجازه في سائر الأحوال، وهو (لا يجعله)[2] مضموناً إذا كان مما لا يعاب عليه.

---

(١) في (م): (الرهن).
(٢) في (م): (وهو يجعله).

[٢٠١٣] في الرهن على يدي عدلين:

قال أبو حنيفة: إذا وضع الرهن على يدي عدلين، وهو فيما يقسم اقتسماه، فكان عند كل واحد منهما نصفه، وإن كان مما لا يقسم فوضعاه عند أحدهما، ضمن الذي وضع حصته عند صاحبه.

وفي قول أبي يوسف ومحمد: لا يضمنان.

وقال ابن القاسم عن رأيه، وقياس قول مالك: إن رضي الراهن معهما أن يكون على يد أحدهما، جاز، وليس على الذي ليس في يده شيء من الضياع في حصته، فإن ارتهنا الثوب، ولم يجعل الراهن على يد أحدهما، فإنهما يجعلانه بحيث شاء، أو ضمناه[١] له.

وقال الشافعي فيما ذكره الربيع عنه: لا يكون الرهن مقبوضاً إلاَّ أن يقبضه المرتهن، أو أحد غير الراهن بأمر المرتهن، فيكون وكيله في قبضه، وأما رهن اللؤلؤة ونحوها: بأن يضعها الراهن والمرتهن على يدي عدل، أو على يد الشريك فيها الذي ليس براهن، أو يدي المرتهن[٢].

قال أبو جعفر: فدل ذلك من قوله على أنه إنما يصح قبضه بإذن الراهن والمرتهن إذا جعلاه برضاهما على يدي العدل.

قال أبو جعفر: حدثنا أحمد بن حماد التجيبي قال: حدثنا يحيى بن عبد الله بن بكير، قال: حدثنا يعقوب بن عبد الرحمن الزهري، عن أبي حازم، عن سهل بن سعد: (أن امرأة جاءت رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله: جئت لأهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله ﷺ، فصعد النظر إليها وصوّبه، ثم طأطأ رأسه، فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها شيئاً، جلست، فقام رجل من أصحابه فقال: إن لم يكن لك بها حاجة فزوّجنيها! فقال: هل عندك من شيء؟ / فقال: [ت ٤١/أ] لا والله، قال: اذهب إلى أهلك فانظر هل تجد شيئاً، فذهب ثم رجع، فقال: ما

---

(١) في (م): (يضمناه).

(٢) الأم، ٣/ ١٤٠، ١٤١.

وجدت شيئاً، قال: انظر ولو خاتماً من حديد، فقال: ولا خاتم من حديد، ولكن هذا إزاري، فلها نصفه، فقال رسول الله ﷺ ما يصنع بإزارك: إن لبسته لم يكن عليها منه شيء، وإن لبسته لم يكن عليك منه شيء، فقال رسول الله ﷺ: ما معك من القرآن؟ قال معي سورة كذا وكذا عدّدها، قال: أتقرأ عن ظهر قلبك؟ قال: نعم. قال: فاذهب فقد ملّكتكها بما معك من القرآن)[1].

فدل ذلك على أن حكم الإزار إذا كان بين اثنين أن يلبسه كل واحد منهما مدة، ولولا ذلك ما خاطبه النبي ﷺ بذلك، فإذا كانا يستحقان ذلك لحق[2] الملك، كذلك المرتهنان يستحقانه بحق اليد.

فإن قيل: لا يجوز إخراجه عن يد أحدهما إلى الآخر بغير إذن الراهن.

قيل له: إن الراهن قد أوجب ذلك لكل واحد منهما بحق اليد / الذي [٣١٤] أوجبتهما[3]، كما يجب ذلك بحق الملك.

[٢٠١٤] في إجارة الرهن[4]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا أجر المرتهن الرهن، بإذن الراهن، أو أجره الراهن بإذن المرتهن، فقد خرج من الرهن ولا يعود.

وقال ابن أبي ليلىٰ: إذا [أجره][5] المرتهن بإذن الراهن، فهو رهن على حاله، والغلة للمرتهن، قضاء من حقه.

---

(١) أخرجه الطحاوي، في معاني الآثار، ١٦/٣: والبخاري، في فضائل القرآن، القراءة عن ظهر القلب (٥٠٣٠)؛ ومسلم، في النكاح، الصداق وجواز كونه تعليم قرآن... (١٤٢٥).

(٢) في (م): (كان استحقاق ذلك بحق الملك).

(٣) في (م): (أوجبه لهما).

(٤) انظر: المبسوط، ١٠٨/٢١؛ باختلاف أبي حنيفة... ص ٥٤، عبد الرزاق، ٢٤٢/٨؛ المدونة، ٣٠٩/٥، ٣١٧؛ المزني، ص ٩٨؛ الأشراف، ٩٥/١.

(٥) في الأصل: (أخذه)، والمثبت من (م)، والاختلاف.

وقال ابن القاسم عن مالك: إذا خلّى المرتهن بين الراهن وبين الرهن يكريه أو يسكنه، أو يعيره، لم يكن رهناً، وإذا أجره المرتهن بإذن الراهن، لم يخرج من الرهن، وكذلك إذا ادعاه المرتهن بإذن الراهن، فهو رهن على حاله، وإذا أجره المرتهن بإذن الراهن، فالأجر لرب (المال)[1]، ولا يكون الكراء رهناً [بحقه][2] إلاَّ أن يشترطه المرتهن، فإن اشترط في البيع أن يرتهن ويأخذ حقه من الكراء، فإن [مالكاً][3] كره ذلك، ولم يشترط ذلك في البيع، وإن تبرع به الراهن بعد البيع، فلا بأس بذلك، وإن كان البيع وقع بهذا الشرط إلى أجل معلوم، واشترط فيه البائع ببيعه الرهن ليأخذها من حقه، فإن ذلك جائز عند مالك في الدور والأرضين، وكرهه في الحيوان.

وقال المعافى: كره الثوري أن ينتفع من الرهن بشيء، ولا يقرأ في المصحف المرهون.

وقال الأوزاعي: غلة الرهن لصاحبه، ينفق عليه منها، والفضل له، فإن لم تكن له غلة، وكان يستخدمه فطعامه بخدمته، وإن لم يكن يستخدمه فنفقته عل صاحبه.

وقال الحسن بن حي: لا يستغل الرهن ولا ينتفع به إلاَّ أن يكون داراً يخاف خرابها، فيسكنها المرتهن لا يريد الانتفاع بها، وإنما يريد إصلاحها.

وقال ابن أبي ليلىٰ: إذا لبس المرتهن الخاتم للتجمل به ضمن، وإن لبسه ليحرزه، فلا شيء.

قال الليث: لا بأس بأن يستعمل العبد الرهن بطعامه إذا كانت النفقة بقدر العمل، فإن كان العمل أكثر أخذ فضل ذلك من المرتهن. / [ت ٤١/ب]

(١) في (م): (الأرض).
(٢) ساقطة من الأصل، زيدت من (م).
(٣) في الأصل: (ملكاه)، والمثبت من (م).

وقال المزني عن الشافعي: فيما روى عن النبي ﷺ: (الرهن محلوب ومركوب)[1] إن من رهن ذات ظهر ودرّ، لم يمنع الراهن في ظهرها ودرها وللراهن أن يستخدم العبد، ويركب الدابة، ويحلب الدَرّ ويجز الصوف، وتأوي بالليل إلى المرتهن [أو إلى يدي الموضوعة على يديه][2].

قال أبو جعفر: روى يزيد بن هارون، أخبرنا ابن أبي (زائدة)[3] عن الشعبي / ، عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: (الظهر يركب بنفقته إذا كان [٣١٥] مرهوناً [ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً[4]][5]، ففي هذا الحديث أن النفقة تجب لركوب ظهره، وشرب لبنه، ومعلوم أن الراهن إنما تلزمه نفقته لملكه لا لمعنى سواه، ألا ترى أنه لو لم يكن له درّ، ولا ظهر (يركب)[6]، لوجبت عليه نفقته، فهذا يدل على أنه جعل اللبن والظهر للمرتهن بالنفقة التي ينفقها، وقد بين ذلك حديث آخر وهو ما رواه (هشيم)[7] عن زكريا بن أبي زائدة، عن الشعبي، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: (إذا كان الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها، ولبن الدر يشرب، وعلى الذي يشرب نفقتها ويركب)[8].

---

(١) الحديث روى موقوفاً ومرفوعاً، فرواه مرفوعاً من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، الدارقطني في السنن، ٣/٣٤؛ والبيهقي في السنن الكبرى، ٦/٣٨؛ والحاكم في مستدركه، وقال: (هذا إسناد صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. . .)، ٢/٥٨.

(٢) في الأصل: (أو إلى الموضوع على يده)، وفي (م) (وعلى الموضوع على يده)، والمثبت من نص المزني، ص ٩٨.

(٣) في (م): (الزيادة)، وهو خطأ، وأبو زائدة هو (زكريا بن أبي زائدة)، كما سيأتي بعد.

(٤) ما بين القوسين زيد من (م)، وساقطة من الأصل.

(٥) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/٩٨؛ وأخرجه البخاري، في الرهن، الرهن مركوب ومحلوب (٢٥١٢)، وأصحاب السنن.

(٦) في (م): (فركب).

(٧) في (م): (هاشم)، والصحيح المثبت كما في معاني الآثار.

(٨) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/٩٩.

والشافعي يقول: إن نفقته على الراهن، لا على المرتهن، وهذا الحديث حجة عليه، لا له.

وقد روى الحسن بن حي، عن إسماعيل بن أبي خالد، عن الشعبي، قال: لا ينتفع من الرهن بشيء.

فقد ترك الشعبي ذلك، وهو رواية عن أبي هريرة. فدل ذلك على أنه قد علم نسخه، وإنما صار منسوخاً عندنا لتحريم[1] الربا، لما ردّت الأشياء إلى مقاديرها؛ لأنه جعل (علة)[2] النفقة بدلاً من اللبن قلّ أو كثر، لما[3] لم يصح الرهن بدءاً وهو في يد الرهن، كذلك إذا استحق [الرهن[4]] المرتهن بالركوب والحلب، يوجب ذلك بطلان الرهن[5]، فدل على أنه لا يستحقه، وقد اتفقوا أيضاً: أن الراهن لا يطأ الأمة المرهونة؛ لأن المرتهن يستحق ثبوت يده عليها، كذلك الاستخدام.

[٢٠١٥] في الراهن يعتق العبد الرهن[6]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: عتق الراهن للعبد الرهن جائز، موسراً كان أو معسراً، إلاَّ أنه إن كان موسراً ضمن قيمته، ولا سبيل على العبد، وإن كان معسراً سعىٰ العبد في قيمته إن كانت أقل من الدين، ويرجع به على الراهن، وإن دبّره جاز تدبيره، وضمن القيمة إن كان موسراً، وإن كان معسراً سعى المدبر في جميع الدين، وهو قول الثوري.

---

(١) في (م): (بتحريم).
(٢) في (م): (علية).
(٣) في (م): (ولما).
(٤) في الأصل: (الراهن)، والمثبت من (م).
(٥) في (م): (الراهن).
(٦) انظر: المبسوط، ٢١/١٣٨؛ المدونة، ٥/٣٢٧؛ المزني، ٩٤.

وقال عثمان البتي: لا يجوز عتق الراهن فيه.

وقال ابن شبرمة: إذا كانت أمة فأعتقها، أو استولدها، فعليه ما (ذهبت[1]) به، ولا تسترق، فإن أدّاه كله خلّى سبيلها، وإن مات قبل أن يؤديه، سعت فيما بقي للمرتهن.

وقال مالك: إن أعتقه وهو موسر، جاز عتقه، وأدى المال، فإن كان المال مؤجلاً، عتقت، وحلّ عليه، وإن دبّره كان رهناً بحاله، لأن رهن المدبر جائز عند مالك، وإن أعتقه وهو معسر[2] / فالعبد رهن بحاله / والمال إلى أجله، [٣١٦] فإن ورث مالاً أخذ منه الدين، ويصير العبد حراً. [ت ٤٢/أ]

وقال الأوزاعي: إذا رهن جارية ثم أعتقها، جاز عتقه ويتبع[3] بحقه عليها.

وقال الحسن بن حي: إذا رهن عبداً ثم أعتقه المولى، فعليه القيمة رهناً مكانه.

وقال عبيد الله بن الحسن: يسعى المملوك للمرتهن.

وقال الشافعي: يبطل عتقه إذا كان معسراً.

قال أبو جعفر: حق المرتهن لا يمنع (عتق)[4] الراهن وبطلان الرهن به، كما أن الزوج لا يمنع عتق الأمة وإيجاب الخيار لها في إبطال النكاح [قال][5]: ولا ينبغي أن يختلف حكم الموسر والمعسر وإلاّ[6] تجب عليه السعاية في

(١) في (م): (رهنت).
(٢) في (م): (موسر).
(٣) في (م): (وسعى).
(٤) في (م): (حق).
(٥) في الأصل: (مال)، والمثبت من (م).
(٦) في (م): (أن لا).

الحالين، وأما الكتابة فللمرتهن إبطالها؛ لأنها يلحقها الفسخ؛ ألا ترى أن عبداً بين رجلين لو كاتبه أحدهما، كـان للآخر أن يبطلها، ولو أعتقه لم يكن للشريك إبطاله، والتدبير كالعتق على قول من يجيز بيع المدبر.

[٢٠١٦] في الراهن يدعي ولد الأمة المرهونة(١):

قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إن ادعى ولدها قبل أن تلد ضمن قيمتها، وإن كان معسراً سعت في الدين، ولا يسعى الولد في شيء، ولو ادعى بعد الولادة، فإن كان موسراً فلا سعاية عليها، ويضمن هو الدين، وإن كان معسراً، قسم الدين على قيمتها وقيمة الولد، فما أصاب الولد سعى في الأقل من قيمته، ومما أصابه بالحصة، وسعت الأم في جميع الحصة.

وقال مالك: إذا وطيء الأمة الرهن(٢) بإذن المرتهن، فهي أم ولد للراهن، ولا رهن للمرتهن فيها، وإن وطئها بغير إذنه، فإن كان له مال أخذ منه المال، فدفع إلى المرتهن، وكانت الجارية أم ولد للراهن، وإن لم يكن له مال، بيعت الجارية بعد أن تضع، ولم يبع ولدها، ولا شيء على الولد.

وقال الثوري: إذا وطئها الراهن فحملت، فإن شاء المرتهن استسعاها في جميع الدين، وإن شاء اتبع الراهن.

وقال الحسن بن حي: على الراهن قيمتها وقيمة ولدها، وقد خرجت من الرهن هي وولدها.

وقال الليث: تباع حين تحمـل ويكون الولد للراهن؛ لأنه لا يسترق ولد الحر من جاريته، ولكنها تباع، فإذا وضعت ما في بطنها ألحق نسبه بأبيه، وإن وطئها بإذن المرتهن، فقد خرجت من الرهن، وكان فيه أسوة الغرماء إن لم

---

(١) انظر: المختصر، ص ٩٣؛ المدونة، ٣٢٧/٥؛ المزني، ٩٤.
(٢) في (م): (الراهن).

تحمل، وإن حملت لم يكن فيها شيء، وكان أسوة الغرماء، فيما بقي من ماله، ولا تباع وهي حامل منه حتى تضع.

وقال الشافعي: إذا استولدها ولم يكن له مال غيرها، لم تبع ما كانت حاملاً / فإذا ولدت، بيعت دون ولدها. [٣١٧]

[٢٠١٧] في بيع الرهن[١]:

قال محمد: ولم يحك خلافاً إذا باع الراهن: لم يجز، إلاَّ أن يجيزه المرتهن، فإن أجازه كان الثمن رهناً.

وروى بشر عن أبي يوسف: أن الثمن لا يكون رهناً إذا أجاز إلاَّ أن يكون أمره بالبيع، على أن يكون الثمن رهناً، فيكون رهناً، كما يكون رهناً[٢] إذا شرط في أصل الرهن أن يبيع، ويكون الثمن رهناً. / وقال مالك: لا يجوز بيع الراهن [ت ٤٢/ب] للرهن إلاَّ أن يجيزه المرتهن، فإن أجازه، جاز ووقف الثمن، ولا يعجّل المرتهن[٣] حقه إذا كان الدين إلى أجل، حتى يأتي الراهن (ببقية)[٤] من حقه مأموناً، فيدفع الثمن إلى الراهن البائع، ويجعل ذلك الرهن مكان العبد الرهن، وليس[٥] للراهن إذا باع الرهن بغير إذن المرتهن أن يقول: أنا أعطيك رهناً مكانه، ولا أعجل لك حقك، ولكن يعجل الثمن للمرتهن إذا أجاز البيع.

وقال المزني عن الشافعي: إذا كان الدين إلى أجل، فأذن المرتهن للراهن في بيع الرهن، فباعه، جاز، ولا يأخذ المرتهن من ثمنه شيئاً، ولا مكانه رهناً، ولو أذن له أن يبيعه على أن يعطيه ثمنه لم يكن له بيعه، لأنه لم يأذن له إلاَّ على أن يعجل له[٦] حقه قبل محله، والبيع مفسوخ.

---

(١) انظر: المبسوط، ٢١/٨١؛ المدونة، ٥/٢٩٨؛ المزني، ٩٤.

(٢) ساقط من (م).

(٣) في (م): (للمرتهن).

(٤) في (م): (بثقة).

(٥) ساقط من (م).

(٦) في المزني: (أن يعجله حقه قبل محله، والبيع مفسوخ به وهو رهن بحاله).

قال المزني: أشبه بقول الشافعي هذا[1]: أن لا يفسح الشرط للبيع، ألا ترى أن من قوله: إني لو أمرت رجلاً ببيع ثوبي على أن له عشر ثمنه، فباعه، أن البيع جائز لا يفسخه فساد الشرط في الثمن.

قال أبو جعفر: لا يختلفون أنه إذا باعه بإذن المرتهن، والدين حالّ، أنه جائز، وأن الثمن يكون للمرتهن، قضاء من دينه إلاَّ أن يكون فيه فضل عن دينه، فيكون ذلك الفضل للراهن، فدل على أن بيع الراهن الرهن[2] إنما هو للمرتهن لا لنفسه، فوجب أن يكون في الدين المؤجل مثله، فيكون الثمن رهناً مكانه.

[٢٠١٨] في تزويج الأمة الرهن:

روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف في الإملاء: أن الراهن إذا زوّج الأمة الرهن بغير رضا المرتهن، جاز، وللمرتهن أن يمنع الزوج من وطئها، فإن فعل فغشيها، فالمهر يكون رهناً معها، وإن لم يغشها، لم يكن المهر رهناً معها، ولم يحك خلافاً بينه وبين أبي حنيفة، وحكى ابن أبي عمران: أن لأبي يوسف في الإملاء قولاً آخر: أن للمرتهن أن يفسخ تزويج الراهن الأمة الرهن.

وقال مالك، والشافعي: لا يجوز للراهن أن يزوّج الأمة، لأنه عيب يلحقها.

[٣١٨] قال أبو جعفر: القياس أن لا يجوز التزويج؛ لأنه عيب، ولما قال / من يجيز أن المهر لا يستحقه المرتهن بالعقد، دلّ على أنه لا يجوز التزويج؛ لأن[3] التزويج، للراهن لا للمرتهن.

وأما قول أبي يوسف: في أنه إذا دخل بها فالمهر رهن، وإن لم يدخل

(١) في المزني العبارة: في هذا المعنى)، ص ٩٥.
(٢) ساقط من (م).
(٣) ساقطة من (م).

بها فليس برهن. فمحال؛ لأن المهر مستحق بالعقد لا بالدخول، وإن لم يصر رهناً بالعقد، وكان للراهن، لم يتحوّل وجوبه إلى المرتهن.

[٢٠١٩] في رهن الغريم بعض غرمائه دون بعض:

قال أصحابنا: إذا كان عليه دين، فرهن بعض الغرماء في الصحة، فهو جائز، وهو أولى بالرهن من سائر الغرماء.

قال ابن القاسم: هو جائز ما لم يفلس، والمرتهن أحق به من سائر الغرماء / كما لو قضاه، جاز ما لم يفلس. [ت ٤٣/أ]

قال ابن القاسم: وقد كان يروي مرة عن مالك: أنهم يدخلون[١]، وليس هذا بشيء.

وقال الشافعي: يجوز رهنه، والمرتهن أحق به من سائر الغرماء.

[٢٠٢٠] فيمن شرط الرهن للمرتهن عند حلول الأجل[٢]:

قال أصحابنا: إذا قال إن جئتك بالمال إلى شهر وإلاَّ فهو بيع، فالرهن جائز، والشرط باطل.

وقال مالك: الرهن فاسد وينقص، فإن لم ينقص حتى حلّ الأجل فإنه لا يكون للمرتهن بذلك الشرط، وللمرتهن أن يحبسه بحقه، وهو أحق به من سائر الغرماء، فإن تغير في يده لم يرد، ولزمته القيمة في ذلك يوم حلّ الأجل، وهذا في (السلع)[٣] والحيوان، فأما في الدور والأرضين، فإنه يردها إلى الراهن وإن تطاول، إلاَّ أن تنهدم الدار، (أو يبني)[٤] فيها، أو يغرس في الأرض، فهذا فوت، ويغرم القيمة مثل البيع الفاسد.

---

(١) في (م): زيادة (معه).
(٢) انظر: المدونة، ٥/ ٣٢٠، ٣٢١؛ الأم، ٣/ ١٥٦.
(٣) في (م): (المشاع). والمثبت هو الصحيح كما نص في المدونة.
(٤) في (م): (أو في شيء فيها).

وقال المعافي عن الثوري: في الرجل يرهن صاحبه المتاع، ويقول: إن لم آتك فهو لك، قال: لا يغلق ذلك الرهن.

وقال الحسن بن حيّ: ليس[1] هذا بشيء.

وقال الربيع عن الشافعي: لو رهنه وشرط له إن لم يأته بالحق إلى كذا، فالرهن بيع، فالرهن فاسد، وهو للذي رهنه[2].

وقال أبو جعفر: لم يختلفوا أنه لا يملكه المرتهن بهذا الشرط، وإنما اختلفوا في جواز الرهن وفساده، والرهن مشبه للهبة من حيث كان من شرط صحة كل واحد منهما القبض، فلما لم يفسد النبي ﷺ العمري بالشرط، وأجازها، وأبطل الشرط[3]، كذلك الرهن؛ إذ من شرط صحته القبض.

[٢٠٢١] في إقرار متعاقدي الرهن بالقبض:

[٣١٩] قال أصحابنا: إذا قامت البيّنة على إقرار الراهن بالقبض، / والمرتهن يدعيه، جازت الشهادة، وحكم بصحة الرهن، وهو قول الشافعي.

وقال مالك في الشهادة: على إقرار المصدّق بالقبض، أنه لا يجوز حتى يشهدوا على معاينة بالقبض[4]. فقياس قوله في الرهن: أن يكون كذلك.

قال أبو جعفر: كما جاز الإقرار بالبيع (ونحوه) من العقود، جاز بقبض الراهن.

---

(١) في (م) زيادة: (قوله).
(٢) في (م): (فالرهن لصاحبه الذي رهنه).
(٣) كما في الحديث المتفق عليه عن أبي هريرة مرفوعاً عن النبي ﷺ أنه قال: (العمرى ميراث لأهلها، أو قال جائزة). انظر الأحاديث بالتفصيل، نيل الأوطار ٦/ ١٥، ١٦.
(٤) في (م): (القبض).

[٢٠٢٢] في اختلافهما في مقدار الدين[١]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا هلك الرهن، واختلف الراهن والمرتهن في مقدار الدين، فالقول: قول الراهن في الدين مع يمينه.

وقال ابن وهب عن مالك: إذا اختلفا في الدين، والرهن قائم، فإن كان الرهن قدر حق المرتهن أخذه المرتهن بحقه، وهو أولى به، ويحلف إلاَّ أن يشاء رب الرهن أن يعطيه حقه الذي حلف عليه، ويأخذ رهنه.

وقال ابن القاسم عن مالك: القول: قول المرتهن فيما بينه وبين قيمة الرهن، ولا يصدق على أكثر من ذلك.

وقال الحسن بن حيّ، والشافعي: مثل قول أبي حنيفة وأصحابه.

قال أبو جعفر: المرتهن مدعي، والراهن مدعىً عليه، فالقول: قوله، والبينة على المرتهن. / [ت ٤٣/ب]

[٢٠٢٣] في النفقة على الرهن[٢]:

قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: نفقة الرهن على الراهن، وكذلك سقي النخل والشجر، فإن أنفق (عليه)[٣] المرتهن، فهو متطوع، إلاَّ أن يكون بأمر القاضي.

وقال زفر: مثل ذلك إلاَّ أنه قال: إذا أنفق بأمر القاضي، كان الرهن محبوساً بالنفقة، فإن ضاع الرهن بطلت النفقة.

وقال أبو يوسف: النفقة دين على الراهن، ضاع الرهن أو لم يضع، ولا يحبس الرهن بالنفقة.

---

(١) انظر: المبسوط، ٢١/ ١٣٠؛ الكافي، ٤١٣؛ المصنف، ٨/٢٤٣؛ الإشراف، ١/ ٧٤.
(٢) انظر: المبسوط، ٢١/٧٨؛ المدونة، ٥/ ٣١٤؛ المزني، ١٠٠.
(٣) ساقطة من (م).

وقال ابن القاسم عن مالك: نفقة الرهن على الراهن، وهو قول الشافعي، إلاَّ أن مالكاً قال: إن أنفق المرتهن كان ديناً على الراهن.

وقال الحسن بن حيّ: نفقة الرهن، (وعلفه)[1]، وكسوته على المرتهن.

قال أبو جعفر: في حديث أبـي هريرة عن النبـي ﷺ أنه قال: (الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً)[2]. ففي هذا الحديث جعل النفقة على المرتهن بدلاً من منافعه التي ينتفع بها، وقد بيّنا أن ذلك منسوخ فيما تقدم. والحسن بن صالح لا يخالفهم في أن المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن، فلمّا زال / الانتفاع وجب أن تزول النفقة عن المرتهن؛ إذ كان النبـي ﷺ إنما جعل النفقة بدلاً من المنافع. [٣٢٠]

قال أبو جعفر: أما ما جعل مالك: ما أنفق المرتهن ديناً على الراهن فإنه بناه على أصله في أن من قضى دين غيره بغير أمره أنه غير متطوع، ويرجع به، وهذا تبطله سنّة النبـي ﷺ في إبرائه الميت بقضاء هذا المتطوع الذي كان قد أبـي الصلاة عليه ثم لما أدى، قال له: (الآن بردت عليه جلدته)[3]، فلو كان له أن يرجع، كان قائماً مقام الأول، وكان حاله بعد أدائه كهو قبله.

ويدل عليه قول النبـي ﷺ للمرأة التي استأذنته في الحج عن أبيها: (أرأيت لو كان على أبيك دين، فقضيتيه، أكان يقبل؟)[4] قد أفاد هذا وقوع البراءة بأدائه، لولا ذلك لكان بعد الأداء كهو قبله، ألا ترى أنه قد أفاد سقوط الحج عن

---

(١) في (م): (عليه).

(٢) سبق تخريجه. مسألة ٢٠١٤.

(٣) سبق تخريجه من حديث أبـي قتادة وغيره.

(٤) أخرج الشيخان من حديث ابن عباس رضي الله عنهما عن المرأة ــ الخثعمية، وسؤالها عن حج أبيها، إلاَّ أنه لم يرد هذا النص في هذا الموضع: البخاري، الحج، وجوب الحج وفضله، (١٥١٣)، ومسلم، في الحج عن العاجز، (١٣٣٤).

أبيها بفعلها، كذلك لمّا شبهه بالدين، دلّ على سقوط الدين، وبراءة المؤدىٰ عنه.

وأما قول زفر: إنه إذا أنفق بأمر القاضي يصير ديناً، ويكون الرهن محبوساً، فإنه خلاف ما يوجبه القياس؛ لأن الرهن عقد لا يصح إلاّ بالتراضي، ولم يكن منهما تراضٍ بذلك، وكما لا يكون العبد رهناً بالدين الذي يثبت في ذمته بإذن المولى.

[٢٠٢٤] في ضمان الرهن(١): / [٤٤/أ]

قال أبو حنيفة وأصحابه، وابن أبي ليلى، والثوري، والحسن بن حي: الرهن مضمون بأقل من قيمته ومن الدين.

وقال الثقفي عن عثمان البتي: ما كان من رهن ذهباً أو فضة، أو ثياباً فهو مضمون، يترادان الفضل، وإن كان عقده، أو حيواناً فهلك، فهو من مال الراهن، والمرتهن على حقه إلاّ أن يكون الراهن اشترط الضمان، فهو على شرطه.

وقال مالك: إن علم هلاكه فهو من مال الراهن، ولا ينقص من حق المرتهن شيئاً، وإن لم يعلم هلاكه فهو من [مال](٢) المرتهن، وهو ضامن لقيمته، يقال له: صفه! فإذا وصفه، حلف على صفته وتسمية ماله(٣)، ثم يقوّمه أهل البصر بذلك، فإن كان فيه فضل عما سمى فيه أخذه الراهن، وإن كان أقل مما سمى الراهن حلف على ما سمى وبطل عنه الفضل، فإن أبى الراهن أن يحلف، أعطى المرتهن ما فضل بعد قيمة الرهن، هذه رواية ابن وهب عن مالك. / [٣٢١]

---

(١) انظر: المبسوط، ٦٤/٢١، ٦٥؛ الكافي، ص ٤١٣؛ المزني، ١٠٠، ١٠١.

(٢) زيد من (م).

(٣) في (م) زيادة: (فيه).

وروى ابن القاسم عنه مثل ذلك، وقال فيه: إن اشترط أن المرتهن (مصدق)[1] في ضياعه، وأن لا ضمان عليه، فشرطه باطل، وهو ضامن.

وقال الأوزاعي: إذا مات العبد فدينه باق، فإن الرهن لا يغلق.

قال: ومعنى قوله: (لا يغلق الرهن): أنه لا يكون بما فيه إذا علم، ولكن يترادان الفضل إذا لم يعلم هلاكه.

وقال الأوزاعي في قوله: (له غنمه وعليه غرمه): فأمّا غنمه فإن كان فيه فضل، ردّ إليه، وأما غرمه فإن كان فيه نقصان، وفّاه إياه.

وقال الليث: الرهن بما فيه إذا هلك ولم تقم بينة على ما فيه إذا اختلفا في ثمنه، فإن قامت بيّنة على ما فيه ترادا الفضل.

قال الليث: وبلغني ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه[2].

وقال الليث: إذا ادعى المرتهن إباق العبد، أو انفلات الدابة، فإن أعلمه صاحبه عندما أبق أو انفلتت الدابة، فلا ضمان عليه، (ويحلف بالله تعالى أنه لصادق فيما قال، فإن حلف، فلا ضمان عليه)، وإن كان الراهن غائباً، فإنه يعلم ذلك السلطان، أو يشهد عليه، فيكون ذلك براءة له، وإن ادعي موتاً من العبد أو الدابة، لم تقم البينة، فهو ضامن؛ لأن الموت يكون ظاهراً معلوماً.

وقال الشافعي: هو أمانة، لا ضمان عليه فيه بحال إذا هلك، سواء كان هلاكه ظاهراً أو خفيّاً، واحتج بحديث ابن أبي ذئب، عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: (لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه، وعليه غرمه)[3].

---

(١) في (م): (يصدق).

(٢) انظر: مصنف عبد الرزاق، ٨/ ٢٣٩؛ السنن الكبرى، ٦/ ٤٣.

(٣) أخرجه مرسلاً: الطحاوي، معاني الآثار، ٤/ ١٠٠؛ ومالك في الموطأ، ٢/ ٧٢٨؛ وعبد الرزاق في مصنفه، ٨/ ٢٣٧؛ الدارقطني، ٣/ ٣٣؛ البيهقي في السنن الكبرى، ٦/ ٤٠.

قال الشافعي: ووصله ابن المسيب (عن أبي هريرة) / عن النبي ﷺ مثله، [٤٤/ب] أو مثل معناه من حديث ابن أبي أنيسة[١].

قال أبو جعفر: ومن أعجب العجب ذكره لابن أبي أنيسة (وهو يحيى)[٢] (لا زيد)[٣]؛ لأن يحيى ليس ممن يلتفت إلى حديثه ولا يحتج بمثله[٤].

ومن مذهبه: أنه لا يقبل زيادة غير حافظ على حافظ، فقد قيل: زيادة يحيى بن أبي أنيسة على جماعة حفاظ، منهم: مالك بن أنس، وغيره من أصحاب الزهري الذين تقوم بهم الحجة عنده، ثم أضاف جميع ما ذكره في هذا الحديث إلى رسول الله ﷺ: إنما هو: (لا يغلق الرهن) دون ما سواه مما فيه، وبقيته من كلام سعيد بن المسيب بغير حكاية منه إياه عن رسول الله ﷺ.

كما حدثنا يونس، قال حدثنا ابن وهب، أنه سمع مالكاً ويونس، (وابن أبي مليكة) وابن أبي ذئب يحدثون، عن ابن شهاب، عن ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: (لا يغلق الرهن)، وقال يونس بن يزيد. / [٣٢٢]

قال ابن شهاب: وكان ابن المسيب يقول: (الرهن ممن رهنه، له غنمه وعليه غرمه)، وقد روى عبد الرحمن بن أبي الزناد، عن أبيه، عن سعيد بن المسيب، وعروة، والقاسم بن محمد، وأبي بكر بن عبد الرحمن، وخارجة بن

---

(١) رواه الشافعي موصولاً بهذا الطريق، مسند الشافعي، ٢/ ١٦٤، وغيره أيضاً بطرق أخرى، انظر: الهداية في تخريج البداية، ٨/ ٣٧.

(٢) في (م): (حي).

(٣) ساقطة من (م).

(٤) وهو يحيى بن أبي أنيسة، «وكان أحدث من أخيه زيد»، قال الإمام أحمد عنه: «متروك الحديث»، وعنه أيضاً: «ليس هو ممن يكتب حديثه»، وقال المحدثون من تضعيفه غير ذلك، وقال ابن حجر في التقريب «ضعيف»، انظر بالتفصيل: التهذيب، ١١/ ١٨٣ ـ ١٨٥؛ التقريب، ص ٥٨٨؛ الخلاصة، ص ٤٣١.

زيد، وعبيد الله بن عبد الله وغيرهم، أنهم قالوا: الرهن بما فيه إذا هلك وعميت قيمته، ويرفع ذلك منهم الثقة إلى النبي ﷺ فهذا المذهب عن ابن المسيب خلاف ما تأوله الشافعي في هذا الحديث، ودلّ على أن قوله: (لا يغلق الرهن)، هو خلاف ضياعه.

وقد روى أيضاً شعيب[1] بن أبـي حمزة، عن الزهري قالوا: قال سعيد بن المسيب قال رسول الله ﷺ: (لا يغلق الرهن)، فبذلك يمنع صاحب الرهن أن يبتاعه من الذي رهنه عنده، حتى يباع من غيره، وقوله: فبذلك يمنع صاحب الرهن (أن يبتاعه من الذي رهنه)[2]. إنما هو من كلام سعيد بن المسيب والزهري[3]، وتأوله على أنه ليس هو في حال ضياعه، وإنما هو في حال سلامته.

ومن مذهب الشافعي: أن من روى حديثاً، فهو أعلم بتـأويله، فجعل قول عمرو بن دينار في الشاهد واليمين، أنه في الأموال حجة، في أن لا يقضي به في غير الأموال، فلزمه مثله فيما وصفناه.

وقد روى عن إبراهيم النخعي، وطـاوس أنهم كانوا يرهنون، ويقولون: إن جئتك بالمال إلى وقت كذا، وإلاَّ فهو لك.

فقـال النبـي ﷺ: (لا يغلـق الرهـن). وتـأولـه علـى ذلـك أيضـاً مـالـك، وسفيان[4].

وقال أبو عبيد: لا يجوز في كلام العرب أن يقال: الرهن إذا ضاع قد غلق، إنما يقال غلق: إذا استحقه المرتهن، فذهب به، وكان هذا من فعل

---

(١) في (م): (سعيد)، والمثبت هو الصحيح كما في التقريب، ص ٢٦٧، وغيره.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من (م).

(٣) في (م): (أو الزهري).

(٤) انظر بالتفصيل: معاني الآثار، ٤/ ١٠٠، وما بعدها، الهداية، ٨/ ٣٦ وما بعدها.

الجاهلية، فأبطله النبي ﷺ بقوله: لا يغلق الرهن[1].

قال أبو جعفر: روي عن عمر بن الخطاب أنه جعله مضموناً بأقل من قيمته ومن الدين[2] / . [٤٥/أ]

وروى عبد الأعلى الثعلبي، عن محمد بن الحنفية أن علياً رضي الله عنه، قال: إذا رهن رهناً فقال المعطي: لا أقبله إلاَّ بأكثر مما أعطيك، فضاع، رد عليه الفضل، وإن رهنه وهو أكثر مما أعطاه بطيب نفس من الراهن، فضاع [فهو بما فيه)[3].

وروى قتادة، عن خلاس، عن عليّ قال: إذا كان في الرهن فضل، فأصابته جائحة، فهو بما فيه، وإن لم تصبه جائحة [واتهم] فإنه يرد الفضل.

قال أبو جعفر: فهذا يدل على أن الغلق الذي نفاه رسول الله ﷺ ليس على الضياع.

وأيضاً قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِى اؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ / ، بعد قوله: ﴿۞ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة/ ٢٨٣] فدل على أن الرهن ليس بأمانة؛ لأنه لو كان أمانة لما كان له منع الرهن منه، بقوله: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِى اؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾: وإذا ثبت أنه مضمون، لم يجز أن يضمن بالدين إذا كان الرهن أقل منه، كالغصب لما كان مضموناً مع التعدي لم يضمن بأكثر من القيمة، فالرهن بذلك أولى[4].

---

(١) واستشهد لإبطاله من أقوال العرب: قال زهير يذكر امرأة:

(وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا)

يعني أنها ارتهنت قلبه، فذهبت به، فأبى تضييع هاهنا.

انظر: غريب الحديث، ٢/ ١١٤، ١١٥؛ والبيت في ديوانه، ٢/ ١١٥، ١١٦.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي، ٦/ ٤٣.

(٣) انظر: مصنف عبد الرزاق، ٨/ ٢٣٩؛ السنن الكبرى، ٦/ ٤٣؛ المحلى، ٨/ ٩٦.

(٤) انظر: معاني الآثار، ٤/ ١٠٣، ١٠٤.

[٢٠٢٥] في جناية العبد الرهن[١]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا قتل العبد الرهن رجلاً خطأً، وقيمة العبد ألفان، والذي[٢] خوطب المولى والمرتهن جميعاً فيه بالدفع أو الفداء (رد ألف)[٣] فإن دفعا بطل الدين، وإن فديا، فالفداء عليهما نصفين، وهو رهن على حاله، وإن كانت قيمة الرهن مثل الدين، فالفداء على المرتهن خاصة، فإن قال لا أفدي، فداه الراهن، وبطل الدين.

وقال ابن القاسم عن مالك: الفداء على الراهن، فإن أبـي أن يفديه، فداه المرتهن، ورجع على الراهن بما فداه به، ولم يأخذ الرهن حتى يدفع إليه الفداء والدين جميعاً، فإن أبـى سيده أن يأخذه، بيع فبدىء بما (افتداه)[٤] به المرتهن من الجناية، ولا يباع حتى يحل أجل الدين، فإن اجتمعا على دفع العبد بالجناية، كان دين المرتهن باقياً بحاله.

قال المزني عن الشافعي: يقال للمولى إن فديته بالجناية[٥] فأنت متطوع، وهو رهن، فإن لم يفعل بيع في جنايته، وإن تطوع بها المرتهن لم يرجع بها على المولى، وإن فداه بأمره على أن يكون رهناً مع الحق الأول، فجائز.

قال أبو جعفر: قد بيّنا أن الرهن مضمون، فيلزم المرتهن بمقدار المضمون منه، ويلزم الراهن بحصة الأمانة.

---

(١) انظر: المختصر، ص ٩٤؛ المبسوط، ٢١/١٨٢؛ المدونة، ٥/٣١٢، ٣١٣، المزني، ٩٧.

(٢) في (م): (والدين).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من (م)، وموجودة فوق السطر، كأنها مستدركة.
والمسألة كما قال السرخسي: «إذا كان العبد هنا بألف وهو يساوي ألفين، فقتل رجلاً خطأ، فإن شاء الراهن والمرتهن دفعاه وبطل الرهن. . .»، المبسوط.

(٤) في المدونة: (بما فداه).

(٥) في المزني: «بجميع الحناية».

[٢٠٢٦] في رهن العارية[١]:

قال أصحابنا: إذا استعار عبداً ليرهنه [في دينه][٢] (فرهنه)[٣] ضمن بمقدار ما سقط من دينه عند الهلاك، وهو بمنزلة من قضى دين غيره بأمره / فيرجع به [٤٥/ب] عليه.

قال: وإن شرط أن يرهنه بشيءٍ فرهنه بأقلَ أو بأكثر أو بغير جنس ما سمى، ضمن قيمته كلها؛ لأنه مخالف.

وقال ابن القاسم عن مالك: إذا هلك الرهن ضمن في الموضع الذي يسقط به الدين، ولا يضمن للمعير شيئاً إذا لم يسقط شيئاً من دينه، بأن يكون هلاكه ظاهراً، وإن رهنه بغير ما سمى، ضمن.

وقول الثوري: مثل قولنا أيضاً.

وقال الشافعي فيما ذكر عنه الربيع قولين:

أحدهما: أن المستعير يضمن للمعير، كما يضمن العارية. / [٣٢٤]

والآخر: أنه لا يضمن؛ لأن خدمته لسيده، والرهن في عنقه، كضمان سيده عن الراهن.

[٢٠٢٧] في عارية الرهن[٤]:

قال أبو حنيفة: إذا أعار المرتهن الراهن العبد، فقبضه الراهن واستخدمه، فله أن يرده إلى يده.

---

(١) انظر: المبسوط، ٢١/١٠٩، ١٥٨؛ المدونة، ٥/٣٣٨؛ الأشراف، ١/٨٧.
(٢) ساقطة من الأصل، والمثبت من (م).
(٣) ساقطة من (م).
(٤) انظر: المبسوط من (م)؛ المزني، ٩٣.

وقال مالك فيما حكاه ابن القاسم: إذا أعاره الراهن، خرج من الرهن، (ولم يكن له)[1] أن يرده [إلى يده][2] بعد ذلك، وهو أسوة الغرماء فيه.

وقال المزني عن الشافعي: ولو أكرى الرهن من صاحبه أو أعاره لم ينفسخ الرهن.

قال أبو جعفر: لا نعلم خلافاً أنه لو أودعه الراهن، كان له أن يرده إلى يده، كذلك العارية؛ لأن ذلك لا يثبت له حقاً فيه، وأما الإجارة، ففيها إثبات حق للمستأجر لا يمكن المؤاجر وإبطاله، فيبطل الرهن بالإجارة بأذن الراهن.

[٢٠٢٨] فيمن عليه دينان، فقضى أحدهما:

قال أصحابنا: فيمن عليه دينان من جنس واحد، وبأحدهما رهن، وليس بالآخر رهن، أو بكل واحد رهن، أو كفالة، فقضى بعض المال وهو من هذا، فالقول: قوله فيما قضى، وهو قول الشافعي[3].

وقال ابن القاسم عن مالك: يكون منهما جميعاً.

قال أبو جعفر: لما كان (لنا أن نقضي أيهما شئنا)[4]، رجع إلى قوله دون قول المقضي، ولا يختلف في ذلك حال القضاء وبعده.

[٢٠٢٩] في العدل هل يبيع دون السلطان[5]:

قال أصحابنا: إذا رهن الرجل رهناً، ووضعه على يدي عدل، فهو جائز، وإن سلطه على بيعه، فبيعه جائز، وعليه العهدة، وإن أبي أن يبيع وقد شرط ذلك في أصل الرهن، أجبره القاضي على البيع.

---

(١) في (م): (ولا يكون له).

(٢) الزيادة من نسخة (م).

(٣) قال الشافعي: «فالقول قول القاضي مع يمينه». المزني، ٩٨.

(٤) العبارة في (م): (لما كان له أن يقضي أيهما شاء).

(٥) انظر: المبسوط، ٢١/٧٧؛ المدونة، ٥/٣٠٤؛ المزني، ٩٦.

وقال مالك: إذا شرط عليه البيع، لم يبعه دون السلطان، سواء كان على يد العدل أو المرتهن.

قال ابن القاسم: وبلغني عن مالك أنه قال: وإن بيع نفذ البيع ولم يُرد.

قال مالك: وإن لم يشترط أنه يبيعه إذا حلّ الأجل فإنه إذا حل الأجل[1] رفعه إلى السلطان، فإن وفّاه حقه، وإلاّ باع [له][2] الرهن، فأوفاه حقه.

وقال الليث: إذا شرط بيع العدل عليه، جاز بيعه دون السلطان / (وإن [٤٦/أ] كان الرهن على يدي المرتهن، لا أرى له بيعه دون السلطان حتى يكون السلطان)[3] الذي يبيعه في حقه.

وقال الحسن بن حيّ: يعجبني أن يكون الذي يبيع الرهن غير المرتهن، فإن [عجّل][4] المرتهن فباع، جاز.

وقال المزني عن الشافعي: لو شرط للمرتهن إذا حلّ الحق أن يبيع، لم يجز أن يبيعه لنفسه إلاّ بأن يحضره رب الحق، فإن امتنع أمر الحاكم ببيعه، ولو كان الشرط للعدل، جاز بيعه ما لم يفسخا، أو أحدهما وكالته.

وقال أبو جعفر: لا معنى لاعتبار السلطان، كسائر الوكالات بالبيع، وكالوصايا. / [٣٢٥]

[٢٠٣٠] في ضياع الثمن من يد العدل[5]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا باع العدل الرهن، وقبض الثمن، وقال: قد ضاع، فقد بطل الدين.

---

(١) في المدونة. (حلّ الحق).

(٢) الزيادة من نصّ المدونة.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من (م).

(٤) في الأصل: (جعل)، والمثبت من نسخة (م).

(٥) انظر: المبسوط، ٢١/٧٧؛ المدونة، ٥/٣٠٦؛ المزني، ١٠٠.

وقال ابن القاسم عن مالك: إذا دفع المرتهن الرهن إلى السلطان، أقام السلطان رجلاً يبيع ذلك الرهن، فباعه وضاع الثمن في يده، فلا ضمان على المأمور.

وقد قال مالك في المفلس: إذا باع السلطان ماله للغرماء، فضاع الثمن أن الضياع من الغرماء، [فكذلك][1] هذه المسألة، إذا ضاع الثمن، فهو من المرتهن إن ضاع قبل أن يقبضه.

وقال أشهب: الضياع من مال الغريم.

وقال المزني عن الشافعي: ضياع الثمن من الراهن دون المرتهن.

قال أبو جعفر: الثمن بمنزلة الرهن، فضياعه على المرتهن كضياع الرهن نفسه في يد[2] العدل.

[٢٠٣١] في قول العدل: دفعت الثمن إلى المرتهن[3]:

قال أصحابنا: إذا قال (العدل): قد دفعت الثمن إلى المرتهن فالقول: قوله مع يمينه.

قال ابن القاسم عن مالك: فيمن أمره السلطان ببيع الرهن وأن يدفع إلى المرتهن [حقه، فقال: قد دفعت إلى المرتهن حقه، فالقول: قول المرتهن][4].

وقال الربيع عن الشافعي: إذا قال العدل: دفعت الثمن إلى المرتهن، لم يصدق إلاّ ببيّنة.

قال أبو جعفر: وهذا مبني على أصلهم في كونه مضموناً، أو أمانة، فيكون بمنزلة ضياعه في يده.

---

(١) في الأصل: (فكيف)، والمثبت من (م)، وكذلك) في المدونة.
(٢) في (م): (يرى).
(٣) انظر: المبسوط، ٢١/٨٢؛ المدونة، ٥/٣٠٦؛ المزني، ٩٧.
(٤) ما بين المعقوفتين ساقطة من الأصل، وأضيفت من نسخة (م)، وعبارة المدونة.

[٢٠٣٢] في اختلافهم في الثمن[١]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا تصادقوا على البيع، فقال العدل: بعت[٢] بمائة وأعطيتك، (وهو مائة)[٣]، والدين مائة.

وقال المرتهن: بعته بخمسين وأعطيتنيها، فالقول: قول المرتهن مع يمينه، وكذلك لو توى الثمن على المشتري.

وقال ابن القاسم عن مالك: القول: قول المرتهن، أنه قبض خمسين، والعدل ضامن بخمسين، كرجل دفع إلى رجل مائة درهم، [ليدفعها إلى رجل][٤] من حق له عليه، فقال: دفعتها إليه، وقال الذي أمر بأن يدفعها إليه: لم تدفع إلاَّ خمسين، أنه ضامن للخمسين، وهو قول مالك.

قال أبو جعفر: الراهن يدّعي قضاء الدين، فالقول: قول المرتهن فيما اقتضاه.

آخر الرهن[٥]

● ● ●

---

(١) انظر: المبسوط، ٢١/٨٦؛ المدونة، ٥/٣٠٧.

(٢) من (م): (بعته).

(٣) ساقطة من (م).

(٤) في الأصل: (يدفعها رجل)، والمثبت من نسخة (م) والمدونة.

(٥) في (م): (آخر المسائل في الرهن).

كتـاب القسمـة[1] /

[٤٦/ب]
[٣٢٦]

[٢٠٣٣] في القاضي هل يقسم بظهور اليد دون ثبوت الملك عنده[2]:

قال أبو حنيفة: في أرض أو عقار في يدي رجلين، أرادا من القاضي قسمتها بينهما، لم يقسمها[3] حتى يقيما البينة أنها لهما، وكل شيء كان في أيديهما [سوى][4] العقار، إذا ادعيا أنه لهما، فأرادا قسمته. وذكر ذلك في الجامع الصغير، ولم يذكر خلافاً.

قال أبو جعفر: هذا هو قول أبـي حنيفة خاصة، وإنما يقول ذلك في الميراث، فأما إذا ادعيا ملك ذلك من غير جهة الميراث، فإنه يقسمه بينهما وإن لم يقيما بينة على الملك. قد بيّنه في كتاب القسمة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم ذلك كله بينهما الميراث وغيره بقولهما دون البينة وقول زفر في ذلك، كقول أبـي حنيفة.

---

(١) القِسمة: اسم من الاقتسام، ويقال: تقسّموا المال بينهم وتقاسموه واقتسموه والمراد بها هنا: «تعيين الحصة الشائعة». المصباح، المغرب، لغة الفقهاء (قسم).

(٢) انظـر: الجـامـع الصغيـر، ص ٣١٥؛ المختصـر، ٤١١؛ المـدونـة، ٥/٤٨٨؛ الأم، ٦/٢١٤.

(٣) في (م) زيادة: (بينهما).

(٤) في الأصل: (سوا) المثبت من (م).

وقال مالك في الشراء والميراث، يقسم ذلك كله بينهم، ويعزل نصيب غائب إن كان فيهم.

وقال الشافعي: لا يقسم شيء مما يقسم بقولهما إلاَّ ببيّنة؛ لأن ذلك حكم منه[1].

قال أبو جعفر: ينبغي أن لا يختلف حكم الميراث وغير الميراث، وأن يقسم جميع ذلك بينهم بإقرارهم، فيكون قضاء على الحاضرين دون غيرهم.

[٢٠٣٤] في أحد الشريكين إذا طلب القسمة وأبـى الآخر[2]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا كان بيت صغير بين رجلين، لو قسم انتفع أحدهما بنصيبه ولم ينتفع الآخر، وطلب (صاحب) النصيب [الكثير][3] القسمة قسمته، وكذلك إن طلبها الآخر وإن كان واحداً منهما لا ينتفع بنصيبه لم أقسمه حتى يجتمعا، وما كان في قسمته ضرر: نحو الثوب (والحمام)[4] والحائط، لم أقسمه حتى يجتمعا، (فإذا اجتمعا قسمته، وإن اقتسما ثوباً فشقاه نفذه)[5].

وقال ابن أبـي ليلى، والحسن بن حي: إذا كان أحدهما لا ينتفع بنصيبه لم أقسمه، وإن كان الآخر ينتفع به.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: فيما لا ينقسم لا يجبر واحد منهما على البيع.

---

(١) في (م): (لأن حكم ذلك منه).
(٢) انظر: المبسوط، ١٥/١٢، ١٣؛ اختلاف أبـي حنيفة، ص١٠٨؛ المدونة، ٥/٤٧٤، ٤٨٩، ٥١٤؛ المزني، ٣٠١.
(٣) في الأصل: (الكبير)، والمثبت من (م)، وهو نص المدونة.
(٤) ساقط من (م).
(٥) ما بين القوسين ساقطة من (م).

وقال ابن القاسم عن مالك: في العَرَصة والقلب[1] المزرّع، يقسم إذا طلب أحدهم القسمة، وإن لم ينتفع به واحد منهم.

وقال: فيما لا ينقسم من الدواب والرقيق، فإنه إذا طلب أحدهما البيع، بيع عليهم إن أحبوا (أو كرهوا)[2] إلاَّ أن يريد الذين كرهوا البيع أن يأخذوا ذلك بما يعطون به، فيكون (لهم ذلك)[3].

قال ابن القاسم: وكذلك فيما لا ينقسم من المنازل والدور والحمامات وغير ذلك مما يكون في قسمته ضرر، ولا ينتفع بما يقسم منه، فإنه يباع ويقسم ثمنه، قال: وقال (مالك) في الحمام بين الشركاء، أنه يقسم.

قال ابن القاسم: وأرى الحائط يقسم، قال: وقال مالك: لا يقسم / [٤٧/أ] الحائط والطريق إلاَّ أن يتراضى الورثة على قسمته، وأما الحمام فهو عَرَصة كالبيت الصغير. / [٣٢٧]

وقال الليث: ما كان ينقسم فإنه ينقسم ولا يباع، وما كان من دار لا يقسم والحمام، والحانوت، فإنه يباع فيقسم الثمن، إلاَّ أن يشتريه بعض الشركاء بأغلى ما يوجد من الثمن، فيكون أولى.

وقال الشافعي: إذا كان واحد منهم ينتفع بنصيبه، قسمته وإن لم ينتفع الباقون بما يصير لهم (إلاَّ أن يكونوا إن اجتمع الباقون انتفعوا الجميع)[4] (فيجتمع)[5].

---

(١) في (م): (القليلة)، «والقلب جمع قليب، وهو البئر العادية القديمة مطوية كانت أو غير مطوية». المصباح (قلب).
(٢) في (م): (أكرهوا).
(٣) في (م): (ذلك لهم).
(٤) ما بين القوسين ساقطة من (م)، وقال المزني بعد العبارة الأولى: «فأقول لمن كره إن شئتم جمعتم حقكم، فكانت مشاعة بينكم لتنتفعوا بها».
(٥) زيد من هامش الأصل.

قال أبو جعفر: لا يختلفون أن الثوب لا يقسم حتى يجتمعوا جميعاً على قسمته، وإن كان لأحدهما نصيب ينتفع بقسمته، إذا كان فيه ضرر على الآخر، كذلك القياس في كل شيء في قسمته ضرر على أحدهم، ينبغي أن لا يقسم إلَّا بالتراضي. وأما قول مالك في البيع عليهم، ففاسد لقول الله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء/ ٢٩].

[٢٠٣٥] في قسمة الدور بعضها في بعض[١]:

قال أبو حنيفة: (وزفر): يقسم كل دار وضيعة على حدة، ولا يقسم بعضها في بعض، وهو قول الشافعي فيما رواه الربيع عنه.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان الأفضل قسمة كل شيء على حدة، فعل، وإن رأى أن يجمع نصيب كل واحد، فعل.

وقال ابن القاسم عن مالك: في الدور والقرى المتباعدة، أنه يقسم كل شيء على حدة، وإن كانت قرى [متقاربة][٢] جمعت الدور أو القرى، فيقسم بعضها في بعض.

(مالك يجمع العالية والسافلة والبعل مع العيون إذا تسامت، ولا يجمع البعل مع النضح إذا كانت القرى متقاربة، وفي رغبة الناس سواء جمعت، وإن كان بينهما اليوم واليومان لم أجمع، وإن كانت الرغبة واحدة)[٣].

قال أبو جعفر: لا يختلفون أن الثياب لا تقسم مع الدور، كذلك الدور لا تقسم بعضها في بعض، ولا يختلفون أن داراً بين رجلين لو طلب أحدهما قسمة ناحية منها دون البقية من الدار، أنها لا تقسم، فدل[٤] أن كل واحدة من

---

(١) انظر: المبسوط. ١٥/٢٨؛ الأم، ٦/٢١٣؛ المدونة، ٥/٤٦٤؛ الأشراف، ٢/٤٣.
(٢) في النسختين (متباعدة)، والمثبت من نص المدونة.
(٣) ما بين القوسين سقطت من نسخة (م).
(٤) في (م) زياد: (على).

الدور معتبرة بنفسها دون غيرها، ألا ترى أن كل واحدة منها[1] قد يتعلق بها حق الشفعة دون الأخرى.

[٢٠٣٦] في قسمة الأنصباء المختلفة[2]:

قال محمد: إذا ورث ابنان وابنتان داراً، وأرادوا القسمة[3] (فإن)[4] جعلها القاسم ستة أجزاء: اثنين لكل جزء، فإذا خرج سهم أحدهم أخذه من مقدم الدار، ثم الذي يليه إلى جانبه، ثم الذي يليه إلى جانب الآخر، حتى تخرج / [٤٧/ب] السهام، وإن لم يجعلها ستة أجزاء، ولكنه يذرعها ويقوّمها، فإذا خرج سهم رجل ذرع له من مقدم الدار حتى يستوفي نصيبه، ثم إذا خرج سهم آخر، ذرع له مما يليه بقدر ما نصيبه من الذرع والقيمة حتى يستوفي، ثم كذلك (من بعده)[5]، جاز ذلك أيضاً، قال: وأفضلهما عندي أن (يفردوا)[6] كل سهم.

وقال بشر عن أبـي يوسف قال: تصور الدار في صورة، ويعرف ما حولها وما كان منها إلى الطريق، أو إلى دار، أو شرب أو مسيل[7]، ويقوم السهم الأول في موضع كذا، ثم ينظر / إلى أكثر[8] السهام إن وقع هنالك، كيف يكون [٣٢٨] موضعه، وما على صاحبه وَكَس حتى يفضل ذلك من الدار، وينظر إلى أقل السهام إن وقعت فيه، هل لصاحبه فيه مسكن؟ أو هل ينتفع به؟ فإن استقام

---

(١) في (م): (منهما).
(٢) انظر: المختصر، ص ٤١٣، ٤١٤، ٤١٥؛ المدونة، ٥/ ٥٢٧؛ المزني، ص ٣٠١.
(٣) في (م): (قسمتها).
(٤) ساقطة من (م).
(٥) في (م): (وبعده).
(٦) في (م): (أردوا).
(٧) في (م): (ميل).
(٨) في (م): (أكبر).

أقرع، وإن رأى خللاً لا يستقيم مع[1] القسمة أدارها على وجه (آخر حتى يستقيم، (ولا يجعل لبعضهم على بعض طريق ولا سبيل إن قلدنا)[2].

وسمعت أبا خازم قال: قال هلال بن يحيى: سألت أبا يوسف عن أرض بين رجلين تكون عشرة أجربة[3]، منها: لأحدهما تسعة أجربة، وللآخر: جريب واحد فكانت إن قسم كل جريب منها على حياله، كانت قيمة كل جريب منها عشر قيمة الأرض، فإذا ضمّ شيء من الأجربة إلى شيء، زادت قيمته بالضم، فيصير لصاحب التسعة الأجربة، حينئذٍ أكثر من تسعة أعشار قيمة الضيعة، كيف تقسم؟ قال: لا يقسمها كذلك، ولكن يقسم لصاحب الجريب بحقه قطعة من هذه الأرض، قيمتها: (تسع) قيمة التسعة الأعشار الباقية منها.

قال أبو خازم: وهذا قول صحيح.

وقال مالك فيما ذكره عنه ابن القاسم: تقسم الدار على سهم أقلهم نصيباً.

وقال المزني عن الشافعي: تقسم على أقلهم نصيباً، ويقرع على السهام، فيقسم لمن خرج سهمه أولاً السهم الأول، ثم الثاني، ثم الثالث.

قال أبو جعفر: أولى ذلك ما ذكره هلال عن أبي يوسف، ليستوفي كل واحد نصيبه بلا نقص ولا زيادة[4].

---

(١) في (م): (معه).

(٢) سقطت من (م) ما بين القوسين.

(٣) ويختلف مقدار الجريب بحسب اصطلاح الأقاليم كاختلافهم في مقدار الرطل والكيل. . . والحاصل بعد عملية حسابية أن الجريب = عشر آلاف ذراع في كتاب المساحة السموأل، ونقل عن قدامة الكاتب أن الأشل ستون ذراعاً، وضرب الأشل في نفسه يسمى حربياً، فيكون ذلك ثلاثة آلاف وستمائة ذراع، وجريب الطعام أربعة أقفزة في الكيل، والذراع هنا: الذراع المربع. انظر: المصباح الهادي: (جرب).

(٤) انظر: الإشراف، ٢/٤٣٥، ٤٣٦.

[٢٠٣٧] في أجرة القاسم:

روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة وزفر: أن أحد الشركاء إذا طلب القسمة، وأبى الآخرون أن القاضي يأمره بالقسمة، وتكون أجرة القاسم على الذي طلبها دون من لم يطلبها.

وقال أبو يوسف: عليهم جميعاً من أرادها، ومن لم يردها (على عدد رؤوسهم، وهو قول الحسن)(١) ومالك(٢)، والشافعي(٣).

قال أبو جعفر: لمّا أجبروا عليها، كانت القسمة واقعة لهم جميعاً (لحقوق بعض على بعض)(٤) / فتكون الأجرة عليهم جميعاً. [٤٨/أ]

[٢٠٣٨] في قسمة السفل والعلو(٥):

قال أبو حنيفة: يحسب في القسمة السفل، ذراع بذراعين من العلو.

(وقال أبو يوسف، يحسب العلو بالنصف من السفل بالنصف)، فينظر كم جملة [ذرع](٦) كل واحد منهما، فيطرح من ذلك النصف(٧).

وقال محمد: تقسم القيمة على حسب المواضع.

---

(١) ساقطة من (م).
(٢) وكره ذلك مالك، حيث قال: «لا أرى أن يأخذوا على القسم أجراً».
(٣) وقال الشافعي في المزني: «وينبغي أن يعطي أجر القسام من بيت المال لأنهم حكام، وإن لم يعطوا خلّى بينهم وبين من طلب القسم واستأجرهم طالب القسم بما شاء...».
(٤) ما بين القوسين ساقطة من (م).
(٥) انظر: المختصر، ص ٤١٢، ٤١٣؛ الأشراف، ٤٤٦/٢، ٤٤٧؛ المدونة، ٥٢٢/٥؛ المزني، ٣٠١.
(٦) الزيادة من نسخة (م).
(٧) وذكر الطحاوي عن أبي يوسف في المختصر أنه: «يحسب كل ذراع من العلو بذراع من السفل».

وقال [مالك][1] يجوز أن يقتسموا على أن يأخذ أحدهما السفل، ويأخذ الآخر العلو.

وقال المزني عن الشافعي: لا يجوز أن يجعل في القسمة لأحدهما سفلاً وللآخر علوه، إلاّ أن يكون علوه وسفله لواحد.

وحكى عنه المزني أيضاً: لو اشترى علو بيت على أن يبني على جدرانه، ويسكن على سطحه أجزت[2] ذلك إذا سمّى منتهى البنيان[3]؛ / [٣٢٩] لأنه ليس كالأرض في احتماله ما يبني عليه.

قال المزني: وهذا غير ما ذكره في القسمة.

قال أبو جعفر: قد يكون بينهما سفل بلا علو، وعلو بلا سفل، فتجب القسمة إذا لم يكن فيه ضرر، وكذلك[4] السفل الذي له علو، تجوز القسمة عليه على أن يكون السفل لأحدهما، والعلو للآخر بالقيمة.

[٢٠٣٩] في الردّ في القيمة[5]:

قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك: تجوز القسمة في دارٍ أو أرضٍ بينهم على أن يأخذ أحدهما طائفة بعينها، ويرد فضل دراهم، أو عروض على ما يجوز عليه البياعات.

وروى عن أبي يوسف: أنه كره رد الدراهم، ولأنه[6] يجوز أن يموت قبل

(١) في الأصل: محمد)، والمثبت من (م).
حيث إن قول محمد كما ذكر بالقيمة إذ يقول الطحاوي: «كان محمد يقول: «يقوّم كل ذراع من العلو على أن لا سفل له، وكل ذراع من الفسل على أن لا علو له».
(٢) في (م): (أجزى).
(٣) في (م): (البناء بين).
(٤) في (م): (فكذلك).
(٥) انظر: المختصر، ص ٤١٧؛ المدونة، ٥/ ٥١٧؛ المزني، ٣٠١.
(٦) في (م): (لأنه).

أن يؤدي الدراهم، فيصير غريماً من الغرماء، فإن[1] كانوا كباراً، أو رضوا بذلك، جاز، ولا يقبض الذي ردّ الدراهم نصيبه حتى يبعد.

وقال المزني عن الشافعي: وإذا كان في القسمة رد، لم يجز حتى يعلم كل واحد منهم [موضع][2] سهمه، وما يلزمه ويسقط عنه، فإذا علمه كما يعلم البيوع التي تجوز، أجزته [لا][2] بالقرعة.

قال أبو جعفر: يجوز الرد في القسمة على السبيل التي يجوز فيها البيع، إذا جمعت الصفقة أشياء مختلفة، ألا ترى أنه لو اشترى شقصاً من دار، وعبداً بألف درهم، جاز، وأخذ الشفيع الشقص بحصته دون العبد وكما يتزوّج المرأة على درهم، وعلى أن ترد عليه عبداً، فيكون العبد مبيعاً، كذلك القسمة إذا وقع فيها الرد.

[٢٠٤٠] في بيع أحد الشريكين لموضع معلوم:

قال محمد، عن أبي حنيفة: إذا كانت الدار بين رجلين، فباع أحدهما نصف بيت منها معلوم، لم يجز بيعه؛ لأن في هذا ضرراً على صاحبه، ولم يذكر خلافاً بينهم.

وقال بشر عن أبي يوسف: البيع جائز، لا تنقض القسمة، وقد يكون وقد لا يكون. وإذا أوصى الشريك ببيت منها بعينه لرجل، ثم مات قسمت الدار/ فإن [٤٨/ب] وقع البيت في نصيب الموصى، كان لصاحب الوصية، وإن وقع في نصيب الآخر، كان لصاحب الوصية مثل ذرع البيت كله، في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف.

---

(١) في (م): (وإن).

(٢) الزيادة من نص المزني، ص ٣٠١.

وقال محمد: له نصف البيت إن وقع في نصيب الموصي، وإن وقع في نصيب الآخر كان له مثل نصف ذرعه. ولو أقرّ أحدهما ببيت منها بعينه [لرجل][1] إذا قسمت الدار، فإن وقع البيت في نصيب المقر سلّمه إليه، وإن وقع في نصيب الآخر، ضرب في نصيب المقر بمثل ذرع البيت / وضرب للمقر [٣٣٠] بنصف ما بقي من الدار بعد البيت، ولا يجوز إقراره على شريكه، وهو قول محمد أيضاً: (ولم يذكر خلافاً وكذلك روى الحسن، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة؛ إلاّ أنه قال في الإقرار إذا لم يقع البيت في حصة المقر، يضرب للمقر له بنصف قيمة البيت، قال)[2]: ولو كان عدل نظر[3] بين رجلين، فأقر أحدهما بثوب (منه) لرجل جاز، ولا يشبه هذا الدار الواحدة؛ لأنه لا (ضرر فيه)[4] على (المنكر)[5] وكذلك الرقيق والحيوان.

وقال الحسن بن زياد عن أبي يوسف: ينبغي في قوله أن تكون الدار والحيوان والعروض سواء، ألا ترى أنه لو باع نصف [كل][6] شاة على حدة، لم يستطع شريكه أن يجمع له نصيبه في جميع الغنم، فهذا في الغنم أكثر ضرراً على الشريك من الدار، فكيف يختلفان.

وقال ابن القاسم عن مالك: في دار بين رجلين، باع أحدهما نصفاً منها بعينه أن شريكه إن أحب أن يأخذ ما باع، ويدفع إلى المشتري نصف الثمن الذي

---

(١) كان في الأصل العبارة هنا: (لا في نصيب الآخر، كان له مثل نصف ذرعه إذا قسمت...).
وفي نسخة (م) العبارة: (بعينه لرجل، وقسمت...).
يدل على ما أثبتّه نص الطحاوي في المختصر، ص ٤١٨.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من (م).

(٣) في (م): (سطى) هكذا. والناطر والناطور: حافظ الزرع والتمر والكرم. انظر اللسان (نطر).

(٤) في (م): (ضرب).

(٥) في (م): (المنكرين).

(٦) ما بين القوسين زيد من (م)، والعبارة بعدها تدل عليه.

اشترى به المشتري، فذلك له وهذا النصف الثمن الذي يدفع [إليه][(١)] إنما هو من حصة شريكة؛ لأن البيع إنما يجوز في حصة شريكه، ولا يجوز في حصته، إلاّ أن يجيزه فإن لم يجزه في نصيبه، رجع المشتري على البائع بنصف الثمن.

وقال الليث: في بعض الشركاء إذا أعتق رقيقاً بينهم، أنه يقسم الرقيق، فما صار له، عتق عليه.

قال أبو جعفر: في جواز بيع نصيبه من بيت من الدار ضرر على شريكه؛ لأنه يتفرق نصيبه عند القسمة؛ لأنه يحتاج أن يقاسم المشتري البيت على حدة، ويقاسم الشريك على بقية الدار.

ولو أراد أحد الشريكين[(٢)] قبل البيع القسمة على هذا الوجه، لم يكن له ذلك، ومن أجل ذلك، لم يجز إقراره ووصيته في نصيبه من بيت من الدار، والقياس في الثياب أن يكون مثله؛ لأنه قد استحق القسمة[(٣)]، فلو جاز بيع نصيبه من ثوب، لجاز أن يبيع نصيبه من كل ثوب من إنسان على حدة، فيبطل حق الشريك (وأساء)[(٤)] / وقد اتفقوا: أن للشفيع أن يبطل بيع المشتري: لأجل [٤٩/أ] حقه، (كذلك يبطل بيع الشريك)[(٥)] لموضع بعينه؛ لأجل حقه في القسمة فالقياس: أن لا يجوز بيعه لنصيبه من ثوب (بعينه)[(٦)]، وأبو حنيفة لا يرى قسمة الرقيق على الانفراد، وإن كان معهم غيرهم قسموا.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقسمون وإن انفردوا، فأما عتق الشريك للعبيد الذين بينهم فنافذ في نصيبه؛ لأن العتق قد يقع من أحد الشريكين لما فيه

---

(١) زيدت من (م).
(٢) في (م) هنا: (قسمة).
(٣) في (م): (القسم).
(٤) في (م) هنا: (في القسمة).
(٥) في (م): (كذلك الشريك يبطل حق الشريك).
(٦) ساقطة من (م).

[من][1] الضرر، وقد حكم النبي ﷺ بعتق الشريك، وألزمه ضمان نصيب شريكه إذا كان موسراً[2] فعلمنا أن العتق مخالف للبيع (لا يلحقه الفسخ)[3] بعد وقوعه، والبيع يفسخ.

[٢٠٤١] في المهاياة[4]:

[٣٣١] قال محمد في الإملاء: قال أبو حنيفة إذا كانت / دار بين رجلين فلم يريدا قسمتها، وأرادا المهايأة على أن يسكن كل واحد منهما منزلاً [ويؤاجر كل حصة منزلة][5] جاز ذلك، وينبغي للقاضي أن يهائى بينهما، فإن أبـي ذلك أحدهما وطلبه الآخر، أجبر الذي أبـي على المهايأة. ومتى أراد القسمة، قسمت بينهما، وانتقضت المهايأة ولو تهايئا على أن يستعمل جميعها، هـذا شهراً. وهذا شهراً، لم تجز المهايأة، وهذا قولهم جميعاً.

قال: وقال أبو حنيفة تجوز المهايأة في خدمة عبدين: على أن يخدم هذا شهراً، ويستخدم الآخر العبد الآخر ذلك الشهر، ولو تهايئا على (استعمالهما)[6]

---

(١) ساقطة من (م).

(٢) أخرج الشيخان من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: (من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوّم العبد قيمة عدلٍ فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه، وإلاّ فقد عتق منه ما عتق)، البخاري، في العتق، إذا أعتق عبداً بين اثنين (٢٥٢٢)؛ ومسلم في العتق (١٥٠١).

(٣) في (م): (لأنه الفسخ لا يلزمه).

(٤) والمهاياة من التهايؤ: تفاعل، وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، وحقيقته: أن كلا منهم يرضى بحالة واحدة يختارها». المغرب (هيأ).
وقال السرخسي: بأنه «مبادلة المنفعة بجنسها، وكل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضاً عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته»، المبسوط، ٢٠/ ١٧٠.

(٥) زيدت ما بين المعقوفتين من نص المبسوط ٧١/٢٠، وفي نسخة العبارة: (على أن يسكن أحدهما منزلاً على حده، على أن يؤاخر كل واحد منهما).

(٦) في (م): (استغلالهما).

على هذا الوجه، لم يجز في قول أبي حنيفة، وجاز في قول أبي يوسف ومحمد، ولا تجوز المهايأة في استغلال العبيد بحال، وعندهما تجوز كالدور.

قال: ولو تهايأ في دابة على الركوب شهراً، أو في دابتين، لم يجز ذلك عند أبي حنيفة، ثم شك أبو يوسف في هذه الرواية، وهو جائز عند أبي يوسف، ومحمد.

ولا تجوز المهايأة عندهم جميعاً في غلة النخل والشجر، ولا في ألبان الغنم والبقر، والإبل، وإنما تجوز في السكنى وزراعة الأرض (وما لا قيمة له)[1].

ولو تهايئا في جاريتين على أن ترضع كل واحدة ابن أحدهما شهراً أو سنة، جاز؛ لأن ألبان بني آدم لا قيمة لها، بمنزلة المنافع، وألبان الغنم وسائر الحيوانات المأكولة لها قيمة[2].

وقال ابن القاسم في قياس قول مالك: إن المهايأة جائزة في الدور والأرضين على أن يسكن [كل][3] واحد طائفة شهراً، وليس لأحدهما فسخها قبل مضي الأجل، وكذلك زراعة الأرض[4].

قال أبو جعفر: (و) لم نجد للشافعي قولاً في المهايأة، وأصحابه يقولون: إن معانيه تدل على أن لا معنى لها.

قال أبو جعفر: روى يعقوب بن عبد الرحمن الزهري، عن أبي حازم عن سهل بن سعد، وذكر قصة المرأة التي قالت يا رسول الله: إني وهبت نفسي لك، فلما خطبها الرجل، وقال: أعطيها نصف إزاري، فقال النبي ﷺ: ما تصنع

(١) ساقطة من (م).
(٢) انظر التفصيل: المبسوط، ٢٠/ ١٧١، وما بعدها.
(٣) زيد من نسخة (م).
(٤) انظر: المدونة، ٥/ ٤٦٢.

[٤٩/ب] بإزارك! / إن لبست لم يكن عليها منه شيء، وإن لبسته لم يكن عليك منه شيء)[١]. فكان في ذلك إجازة المهايأة فيه، وإن كل واحد منهما يستحق لبسه في حال دون صاحبه.

وفي ذلك دليل على أن كل واحد منهما مستحق[٢] ذلك بحق ملكه، وذلك هو المهايأة التي ذكرنا، ثم نظرنا في جواز فسخها لأحدهما إذا أراد القسمة فكان قول أصحابنا أصح؛ لأن ذلك ليس بإجارة؛ لأنه لو كان أجارة، لما أجبر عليها، وإنما هي بمنزلة قسة المنافع.

آخر القسمة

● ● ●

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) في (م): (يستحق).

كتاب اللقطة والإباق[1]

[٢٠٤٢] في لقطة ما سوى الحيوان[2]:[3]

قال أبو حنيفة وأصحابه في اللقطة: يُعَرِّفها حولاً، فإن جاء صاحبها وإلاَّ تصدق بها إن شاء، فإذا جاء صاحبها، كان مخيراً: بين الأجر والضمان، ولا يأكل منها إلاَّ أن يكون فقيراً، وحكى هشام عن محمد عن أبي حنيفة في اللقطة: ما كان يساوي عشرة دراهم، عرّفها حولاً، وإن كان يساوي أقل من ذلك عرّفها على قدر ما يرى، ثم تصدق بها، وإن شاء أكلها إن كان فقيراً.

قال مالك: يعرفها حولاً ثم يأكلها، أو يتصدق بها، إلاَّ أن تكون تافهاً يسيراً، فيجوز له أن يتصدق بها قبل السنة ومتى جاء صاحبها كان مخيّراً: بين الأجر والضمان إذا أكلها أو تصدق بها.

وقال المعافي عن الثوري: ينشد الضآلة، فإن وجد صاحبها وإلاَّ يصدق بها، فإن جاء صاحبها خيّر.

---

(١) اللقطة: على وزن رُطَبة: «اسم الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه»، المغرب؛ المصباح، (لقط).
والإباق ــ بكسر ــ اسم من أبق: «وهو هروب العبد من سيده»، انظر: المصباح، (أبق).

(٢) في (م): (الحيوانات).

(٣) انظر: المختصر، ص ١٣٩، ١٤٠؛ المدونة، ٦/١٧٣؛ المزني، ١٣٥، ١٣٦.

وقال أبو نعيم عن الثوري: في الرجل يجد [الدرهم][1] يعرفه أربعاً.

وقال الأوزاعي في اللقطة: يعرّفها سنة، فإن جاء صاحبها [وإلاّ تصدق بها، فإن جاء صاحبها][2] خيّر بين الأجر والضمان فإن كان مالاً عظيماً جعله في بيت مال المسلمين.

وقال الحسن بن حي: يعرفها حولاً، فإن جاء صاحبها، وإلاّ تصدق بها، فإن كان فقيراً أكلها، فإذا جاء صاحبها خيّر بين الأجر والضمان.

قال الحسن: والعشرة يعرفها سنة، وما دونها يعرفها ثلاثة أيام.

وقال الليث: يعرف اللقطة ثلاثة أيام ثم سنة، ويكتم الذي أخذها صفتها: لئلا يجيىء أهل الكذب فيدّعونها، فإن مرت سنة ولم يجد لها باغياً، كان أولى بها، قال: وإن كان ما التقط[3] شيئاً كثيراً فأحب إليّ أن يستنفقها ويتّجر فيها، بعد أن يعرفها سنة، فإن جاء صاحبها أدّاها إليه، وإن كان شيئاً يسيراً فليتصدق به، فإن جاء صاحبها، فهو مخيّر بين الأجر والضمان.

وقال الشافعي: ويأكل اللقطة الغني والفقير، ولا أحب لأحد ترك لقطة وجدها، إذا كان أميناً عليها، فيعرفها سنة على أبواب [المساجد][4] والأسواق،/ [٥٠/أ] ومواضع العامة. ويشهد عليها، فإن جاء صاحبها، وإلاّ فهي له بعد سنة، على أنه متى جاء صاحبها في حياته، أو بعد وفاته، فهو غريم، وقليلها وكثيرها سواء، فإن كانت

---

(١) في الأصل (الدراهم)، والمثبت من (م).

(٢) ما بين القوسين مزيدة من نسخة (م)، ويدل على سقوطها من الأصل ما نقل عن الأوزاعي في بداية المجتهد وغيره. البداية مع الهداية، (٨/ ١٣٥).

(٣) في (م): (لقط).

(٤) في الأصل: (المسجد) والمثبت من المزني.

طعاماً لا يبقى، فله أن يأكله و[يغرمه][1] لربه. قال المزني: ومما وجد بخطه أحب إليّ أن يبيعه[2]، ويقيم على تعريفه.

قال المزني: وهذا أولىٰ؛ لأن النبي ﷺ لم يقل للملتقط: / فشأنك بها إلاَّ [٣٣٣] بعد [سنة][3].

قال أبو جعفر: روى الثوري عن سلمة بن كهيل، عن سويد بن غَفَلة عن أُبيّ بن كعب (أنه وجد صرة فيها مائة دينار، قال: فأخذها وذكرها لرسول الله ﷺ، فقال: عرّفها حولاً، فإن وجدت من يعرفها فادفعها إليه، وإلاَّ فاستنفع بها)[4].

وروى محمد بن جحادة، عن سلمة بن كهيل، بإسناده نحوه، وقال فيه: (عرّفها سنة، ثم أتاه، فقال له: عرّفها سنة [ثم أتاه فقال له عرّفها سنة] فقال[4]: عَرِّفَها ثلاث سنين، ثم قال: (اعلم عددها ووكاءها، ثم استمتع بها)[5].

وروى شعبة عن سلمة بإسناده مثله، وذكر فيه التعريف ثلاثة أحوال، قال شعبة: ثم إن سلمة شك، لا يدري أثلاثة أعوام أو عاماً واحداً)[6].

ففي هذا الحديث أمر النبي ﷺ أُبيّاً بالانتفاع بها بعد التعريف، واحتج الشافعي بذلك، وزعم أن أبياً كان من أيسر أهل المدينة.

وقد روى أبو يوسف، عن عبد الملك بن أبي سليمان، عن سلمة بن كهيل

---

(١) في الأصل (ويعرفه)، والمثبت من (م) ونص المزني.
(٢) في (م): (وينتفع)، والمثبت كنص المزني أيضاً.
(٣) في النسختين بالتعريف، والمثبت في نص المزني.
(٤) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/ ١٣٧.
وأخرجه البخاري في اللقطة، هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع... (٢٤٣٧) ومسلم، في اللقطة (٩/ ١٧٢٣).
(٥) أخرجه الطحاوي في المعاني، ٤/ ١٣٧.
(٦) ورواية شعبة أخرجه الطحاوي، والشيخان وأصحاب السنن.

أن أبياً وجد مائة دينار، فقال له النبي ﷺ: (عرفها حولاً أو سنةً، فإن وجدت صاحبها، وإلاَّ فاعلم ما وعاؤها، وما وكاؤها، وما عدتها ثم كلها، فإنك إليها ذو حاجة، فإن جاء صاحبها فأعطها إياه وإلاَّ فهي لك).

ففي هذا الحديث: أن أبياً كان من أهل الحاجة.

فإن قيل: إن هذا حديث مقطوع.

قيل له: هو مردود إلى سلمة بن كهيل، وقد وصله شعبة، والثوري، ومحمد بن جحادة، ويلزم على أصل الشافعي أن يقبل هذه الزيادة، كما قبل قول عمرو بن دينار في الشاهد واليمين، أنه في الأموال.

وقد حدثنا إبراهيم بن مرزوق، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن المثنى الأنصاري، قال: حدثني أبي، عن ثمامة، قال: قال أنس: كان لأبي طلحة أرض فجعلها لله تعالى، فأتي النبي ﷺ، فقال: (اجعلها في فقراء قرابتك، فجعلها لحسان وأبيّ)، قال أنس: وكانا أقرب إليه مني)[1].

ففي هذا الحديث أن أبياً كان من الفقراء.

قال واحتج الشافعي أيضاً بحديث علي بن أبي طالب في الدينار الذي التقطه، فأمره النبي ﷺ بأكله، ولم تكن الصدقة تحل له؛ لأنه من بني هاشم.

قال أبو جعفر: حديث عليّ منقطع، يرويه إسماعيل بن جعفر، عن شريك بن عبد الله بن أبي نمر عن عطاء بن يسار[2] قال: / (وجد عليّ بن أبي طالب ديناراً، فجاء به إلى رسول الله ﷺ فقال: وجدت هذا؟ فقال: عرّفه! فذهب فمكث ما شاء الله، ثم قال: عرّفته فلم أجد أحداً يعرفه! قال: فشأنك به. قال: فذهب فرهنه في ثلاثة دراهم في طعام وودك، فبينا هو كذلك إذا جاء [٥٠/ب]

---

(١) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/ ٣٨٦، وقد سبق تخريجه.

(٢) في (م): (سيار) والمثبت هو الصحيح كما في التقريب، ص ٣٩٢.

صاحبه فعرفه، فجاء عليّ / إلى النبي ﷺ فقال: هذا صاحب الدينار! فقال: ادّه، بعدما أكلوا منه)[1].

قال أبو جعفر: هذا هو أصل الحديث، لا نعلمه روى من وجه سوى هذا الوجه، وهو لا يحتج به لانقطاع سنده، وضعف شريك بن عبد الله بن أبي نَمِر[2].

ويدل على فساده ما روى شعبة، عن أبي إسحاق الهمداني، عن عاصم بن ضمرة عن عليّ أنه قال في اللقطة: (يتصدق بها، فإن جاء صاحبها كان مخيراً بين الأجر والضمان)[3].

وروى الثوري، (ومالك، وعمرو بن الحارث)، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن يزيد مولىٰ المنبعث عن زيد بن خالد الجهني أنه قال: (جاء رجل إلى رسول الله ﷺ وأنا معه، فسأله عن اللقطة؟ فقال: أعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرّفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلاَّ فشأنك بها، قال فضالّة الغنم؟ قال: لك أو لأخيك أو للذئب، قال فضالة الإبل؟ قال: معها حذاؤها وسقاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها)[4]. ورواه القعنبي عن سليمان بن بلال، عن ربيعة بإسناد مثله، وقال فيه: عرّفها سنة، فإن لم تعرف، فاستنفع بها، ولتكن وديعة عندك، فإن جاء صاحبها يوماً من الدهر، فأدها إليه.

ورواه أيضاً القعنبي عن سليمان بن بلال[5]، عن ربيعة، عن يزيد مولى

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن بألفاظ وأسانيد مختلفة، ٦/ ١٩٤، وعبد الرزاق في مصنفه، ١٠/ ١٤٠ وما بعدها.

(٢) قال الحافظ: «صدوق يخطىء من الخامسة»، التقريب، ص ٢٦٦.

(٣) أخرجه أبو يوسف، آثار أبي يوسف، ص ١٦٥.

(٤) حديث زيد الجهني أخرجه الطحاوي، ٤/ ١٣٤، ومسلم في اللقطة (١٧٢٢)، بلفظ (فقال: مالك ولها؟ دعها، فإن معها...)، والبخاري بنحوه، في اللقطة، عن عرف اللقطة ولم يدفعها إلى السلطان، (٢٤٣٨).

(٥) في (م): (عن يحيى بن سعيد عن يزيد بن خالد)، ويحيى بن سعيد، وربيعه بن أبي عبد الرحمن، رويا عن خالد الحديث نفسه. انظر: معاني الآثار، ٤/ ١٣٤، ١٣٥.

المنبعث عن زيد بن خالد عن النبي ﷺ مثله [سواء][1] [ورواه أبو عامر العقدي [عن][2] سليمان بن بلال، عن ربيعة عن يزيد مولى المنبعث، عن زيد بن خالد، عن النبي ﷺ مثله][3]، غير أنه لم يقل فليكن وديعة عندك.

قال أبو جعفر: قوله: فشأنك بها، يحتمل: أن يريد: بشأنك بها حتى ينفذ أحكام اللقطة فيها من الصدقة بها، أو من حفظها، أو من أكلها إن كنت ذا حاجة إليها.

وروى عمرو بن شعيب، عن عمرو[4] وعاصم ابني سفيان بن عبد الله بن ربيعة: أن سفيان بن عبد الله وجد عيبة[5]، فأتى بها عمر! فقال: عرّفها سنة، فإن عرّفت فذاك، وإلاّ فهي لك، قال: فعرفها سنة، فلم يعرفها أحد، فأخبر عمر بذلك، فقال: هي لك، وقال إن رسول الله ﷺ أمرنا بذلك.

فأبى سفيان أن يأخذها، فأخذها منه عمر، فجعلها في بيت مال المسلمين)[6].

قال: ويحتمل قول عمر لسفيان: هي لك: على أن أمرها إليك، تفعل فيها ما يجب أن تفعل[7] في اللقطة، وأضافها بذلك إليه، لا على أنه كان يملكها،

---

(١) زيد من (م).

(٢) في نسخة (م): (... العقدي سليمان) والزيادة من المعاني ففيه: (حدثنا أبو عامر العقدي قال حدثنا سليمان)، ٤/ ١٣٥.

(٣) الزيادة أثبتت من نسخة (م)، ورواها الطحاوي بنصها المعاني.

(٤) في (م): (عمرو بن عاصم)، والمثبت هو الصحيح، كما يدل عليه (ابني)، انظر ترجمتهما في التقريب، ص ٤٢٢، ٢٨٥.

(٥) في معاني الآثار: (عتبة)، والمثبت هو الصحيح والعيبة زنبيل من أدم ووعاء يجعل فيه الثياب الهادي.
انظر: مصنف عبد الرزاق، ١٠/ ١٣٥؛ السنن الكبرى، ٦/ ١٨٧.

(٦) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ١٣٧، ١٣٨؛ وراجع المراجع السابقة.

(٧) في (م): (تفعله).

ليكون موافقاً (على ما)[1] في حديث زيد بن خالد عن النبي ﷺ من قوله: (ولتكن / وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه). [٥١/أ]

ويدل على ذلك أيضاً ما روى سويد بن غفلة عن عمر قال في اللقطة، يعرفها سنة، / فإن جاء صاحبها وإلاَّ تصدق بها، ثم يكون صاحبها مخيّراً بين الأجر والضمان. [٣٣٥]

وروى الأسود بن شيبان، عن أبي نوفل العُرَيجي، عن أبيه، عن عمر مثله.

وروى أبو وائل عن ابن مسعود في اللقطة مثل ذلك.

وروى [ابن أبي ذئب][2] عن المنذر بن أبي المنذر، عن ابن عباس مثله، وعن ابن عمر مثله، وعن أبي هريرة أيضاً مثله[3].

فهؤلاء أصحاب رسول الله ﷺ قد رأوا في اللقطة ما وصفنا، فلا يجوز خلافهم، إذ لم يرو عن أحد منهم أن للغني أكلها.

فإن قيل: [فقد] روى عن ابن عمر أنه أباح للملتقط أكلها حين سأله[4]، قيل له: يحتمل أن يكون كان محتاجاً إليها.

وأما تعريف اللقطة اليسيرة أقل من حول، فإن ذلك تقليد ممن قاله،

---

(١) في (م): (لما).
(٢) في الأصل: (أبي ذئب) وفي (م): (ابن أبي كتيب).
(٣) انظر الآثار: معاني الآثار، ٤/ ١٣٧ وما بعدها. المحلى، ٨/ ٢٦٦؛ مصنف عبد الرزاق، ١٠/ ١٣٣ ـ ١٤٠؛ السنن الكبرى، ٦/ ١٨٥ وما بعدها.
(٤) لم أعثر لابن عمر أثراً أنه أباح للملتقط أكلها، بل وجدت أنه رضي الله عنه نهى عن أكلها، كما روى مالك عن نافع عن ابن عمر أنه قال للمتقلط ـ بعد أن أمره بالتعريف مرتين ـ (لا آمرك أن تأكلها، ولو شئت لم تأخذها). الموطأ، ٢/ ٧٥٨، وكذا البيهقي في السنن، ٦/ ١٨٨.

لحديث روى فيه، وإن كان أصحاب الإسناد لا يعتنون[1] بمثله. وهو ما رواه إسرائيل بن يونس، عن عمر[2] بن عبد الله بن يعلى، عن جدته حكيمة، عن أبيها قال: [قال] رسول الله ﷺ: (من التقط لقطة يسيرة درهماً أو حبلاً أو شبه ذلك، فليعرفه ثلاثة أيام، فإن كان فوق ذلك فليعرفه ستة أيام)[3].

وقد روى شريك، عن أبي يعفور[4] العبدي، عن أبي شيخ العبدي، عن زيد بن صوحان قال: وجدت قلادة في طريق مكة، فأتيت[5] بها عمر، فذكرت ذلك له! فقال عرّفها أربعة أشهر، فإن وجدت صاحبها وإلاَّ فضعها في بيت مال المسلمين[6].

قال أبو جعفر: قال أبو عبيد القاسم بن سلام: لا يحل أخذ الضوال ولا أكلها لملتقطها ولا لغيره، ويقول: هي خلاف اللقطة؛ لأن الضوال ما ضل بنفسه، واللقطة ما كان بخلاف ذلك[7]. ويحتج في الضوال بما روى يزيد بن عبد الله بن الشخير عن أبي مسلم [الجذمي][8] عن الجارود قال: قال رسول الله ﷺ: (ضالة المسلم حرق النار) وروى الحسن عن مطرف بن الشخير عن

---

(1) في (م): (يعنون).
(2) في (م): (عمرو) والمثبت هو الصحيح كما في البيهقي، والتقريب ص ٤١٤.
(3) أخرجه البيهقي في السنن مسنده بمثله، وقال: (تفرد به عمر بن عبد الله وقد ضعفه يحيى)، ٦/ ١٩٥.
(4) في (م): (أبو يعقوب) وكذلك في المحلى لابن حزم، إلاَّ أنني لم أعثر على (ابن يعقوب العبدي) وإنما وجدت كما في نسخة (ت) (أبو يعفور العبدي) وهو وقدان كما في التقريب ص ٥٨١.
(5) في (م): (فلقيت).
(6) أخرجه ابن حزم في المحلى، ٨/ ٢٦٤.
(7) انظر: تفسير القرطبي، ٩/ ١٣٥.
(8) في النسختين: (الجرمي) وفي معاني الآثار، (الجذامي)، وفي التقريب، ٦٧٣، والتهذيب، ١٢/ ٢٣٥، (الجذمي) وهو الذي أثبتّه في النص.

أبيه قال: قدمنا على رسول الله ﷺ، قال: ألا أحملكم؟ قلنا نحن نجد في الطريق هوامي الإبل، فقال رسول الله ﷺ: (ضالة المؤمن حرق النار)[1].

قال أبو جعفر: ولا فرق بينهما؛ لأن النبي ﷺ [سئل] في حديث زيد بن خالد عن ضآلة الغنم مستخبراً عنها في الالتقاط، فأجابه بما أجاب به فيها، ثم قال: فضالة الإبل؟ فأجابه بما أجابه، وعنى به أنها مستغنية عنك، لا تحتاج إلى حفظك لها حتى يأتيها صاحبها.

وأما قوله: ضالة المسلم حرق النار، فلأنهم أرادوها / للركوب والانتفاع [٥١/ب] لا للحفظ على صاحبها، فنهى عن ذلك فيها.

قال: وأما قول أبي عبيد / من أن الضال ما ضل بنفسه، فغلط؛ لأنه قد [٣٣٦] روى في حديث الإفك عن النبي ﷺ قوله في المسلمين: (إن أمكم ضلّت قلادتها)[2] فأطلق ذلك على القلادة.

[٢٠٤٣] في اللقطة هل يستحق بالعلامة[3]:

قال أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي: مدعي اللقطة لا يستحق بالعلامة حتى يقيم البيّنة، ولا يجبر الملتقط على دفعها إليه بالعلامة، ويسعه أن يدفعها، وإن لم[4] يجبر عليه في القضاء.

وقال ابن القاسم في قياس قول مالك: يستحقها بالعلامة، ويجبر على

---

(١) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ١٣٣، وابن ماجه (٢٥٠٢) وأورده الهيثمي عن الجارود وقال: «رواه أحمد والطبراني في الكبير بأسانيد رجال بعضها رجال الصحيح»، مجمع الزوائد، ٤/ ١٦٧.

(٢) أورده الطحاوي بلفظ (قد أضلت)، ٤/ ١٣٩.

(٣) انظر: المختصر، ١٤٠؛ المزني، ١٣٦؛ المدونة، ٦/ ١٧٤.

(٤) في (م): (وأن يجبر).

دفعها إليه، فإن جاء مستحق فاستحقه ببيّنته (لم يضمن للملتقط شيئاً)[1].

قال مالك: وكذلك اللصوص إذا وجد أمتعة، فجاء قوم فادعوها وليست لهم بينة إن للسلطان أن يتلوّم في ذلك، [فإن جاء[2] غيرهم وإلاَّ دفعها إليهم)، وكذلك الآبق.

وقال الحسن بن حي: يدفعها إليه بعلامة.

قال أبو جعفر: في أمر النبي ﷺ بمعرفة العفاص والوكاء، يحتمل أن يريد به: لئلا يختلط بماله، ولتعلم أنها لقطة، وقد يكون ليستدل به على صدق المدعي، فيسعه دفعه إليه، وإن لم يلزم في الحكم.

[٢٠٤٤] في ضمان اللقطة[3]:

قال أبو حنيفة وزفر: إن أشهد حين أخذها أنه يأخذها ليردها، لم يضمنها إن هلكت في يده، وإن لم يشهد ضمنها.

وقال أبو يوسف، ومحمد، ومالك، وابن شبرمة، والشافعي: لا يضمنها.

قال أبو جعفر: روى يزيد بن الشخير، عن مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار[4] المجاشعي عن النبي ﷺ قال: (من التقط لقطة فليشهد عليها ذوي عدل، ولا يكتم، ولا يغيب، فإن جاء صاحبها، فهو أحق بها، وإلاَّ فمال الله يؤتيه من يشاء)[5].

---

(١) في (م): (لم يكن للملتقط شيء)، وفي المدونة (أو جاء فأقام البينة على تلك اللقطة أنها كانت له، أيضمن الذي التقط تلك اللقطة وقد دفعها إلى من ذهب بها، قال: لا...).

(٢) في (م): (فإن لم يأت غيرهم دفعه إليهم).

(٣) انظر: المختصر، ص ١٤٠؛ المزني، ص ١٣٥؛ المدونة، ٦/١٧٨.

(٤) في معاني الآثار (حماد)، والصحيح: المثبت في المخطوطة كما في التقريب، ص ٤٣٧. وكذلك في السنن.

(٥) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ١٣٦؛ وأبو داود، في اللقطة، التعريف باللقطة،

فيحتمل أن يكون مراده في الشهادة ظهور الأمانة من الملتقط وارتفاع الظنة عنه كما روى عن الحسن في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء/ ٦]، أنه أريد به ظهور أمانة الولاة على الأيتام.

ولما لم يضمنها إذا أشهد، وجب مثله إذا لم يشهد، ألا ترى أن ما كان مضموناً من الغصوب ونحوها، لا يبرئه الإشهاد من ضمانه وكما أنه لو كتم بعد الإشهاد من غير جحود لم يضمن، كذلك إذا ترك الإشهاد لم يضمنه.

[٢٠٤٥] في اللقطة من الإبل[1]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: يجوز أن يأخذ بعيراً ضالاً ليرده إلى صاحبه، فإن أنفق عليه بغير أمر قاض، فهو متطوع، وإن أنفق / عليه بأمر قاض، ثم هلك البعير بالنفقة / صاحبه، عند أبي يوسف. [٥٢/ب] [٣٣٧]

وقال زفر: لا يرجع.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: إذا وجد لقطة فأخذه ليرده إلى صاحبه ثم رده إلى موضعه الذي وجده فيه، فلا ضمان عليه، وإن أخذه وهو لا يريد ردّه، ثم بداله فردّه إلى موضعه، ثم سرق من ذلك الموضع فالأول ضامن، وقال زفر: لا ضمان عليه.

وقال مالك: في ضالة الغنم ما قرب من القرى فلا يأكلها ويضمّنها إلى أقرب القرى إليها، يعرّفها فيها، وما كان في الفلوات والمهامه، فإنه يأكلها، ولا يعرفها، فإن جاء صاحبها فليس له عليه من ثمنها شيء؛ لأن النبي ﷺ قال:

= (١٧٠٩)؛ وابن ماجه، (٢٥٠٥)؛ وابن حبان، كما أورده الهيثمي في موارد الظمآن، ص ٢٨٤.

(١) انظر: الإشراف، ١/ ٢٨٩؛ المختصر، ص ١٤٠؛ المدونة، ٦/ ١٧٥، ١٧٦؛ المزني، ص ١٣٥.

(هي لك، أو لأخيك، أو للذئب)، قال: والبقر بمنزلة الغنم إذا خيف عليها، وإذا لم يخف عليها السباع، فبمنزلة الإبل.

وقال في الإبل: إذا وجدها في فلاة فلا يعرض لها، فإن أخذها فعرّفها فلم يجد صاحبها (خلاها)[١] في الموضع الذي وجدها فيه، والخيل والبغال والحمير لا تؤكل فليعرفها ثم يتصدق بها.

وقال مالك: لا تباع ضوال الإبل، ولكن ترد إلى مواضعها التي أصيبت فيها، وكذلك فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه[٢].

وروى عن عثمان: أنها تباع، ويحبس الإمام أثمانها لأربابها[٣].

وقال الأوزاعي في الشاة: إن أكلها وأخذها ضمنها لصاحبها.

وقال الشافعي: يأخذ الشاة ويعرّفها فإن لم يجد صاحبها، أكلها ثم ضمنها إن جاء صاحبها، وقال لا تعرض للإبل[٤] والبقر، فإن أخذ الإبل والبقر ثم أرسلها ضمن.

قال أبو جعفر: لما أجاب النبي ﷺ في الغنم ــ حين سئل عنها ــ فقال: (هي لك، أو لأخيك، أو للذئب)؛ [للتخوف][٥] عليها، كانت الإبل بمنزلتها إذا خيف عليها، وكذلك سائر الأشياء.

وقوله في الإبل: (معها سقاؤها وحذاؤها) إخبار عن حال في المواضع[٦]، المأمون عليها فيها التلف، وأباح تركها، وندبه إلى أخذه الغنم يحفظها على صاحبها؛ لخوف[٧] التلف عليها.

---

(١) في المدونة، (فليخلها).

(٢) مصنف عبد الرزاق، ١٠/ ١٣٢.

(٣) الموطأ، ٢/٧٥٦؛ المحلى، ٨/ ٢٧١؛ السنن الكبرى، ٦/ ١٩١.

(٤) في (م): (الإبل).

(٥) في الأصل: (لتخوف)، والمثبت من (م).

(٦) في (م): (الموضع).

(٧) في (م): (خوف).

وأما قول مالك: إن له أن يأكل الشاة ولا يضمنها.

واحتجاجه (في ذلك)[1]، بقوله ﷺ: (هي لك، أو لأخيك، أو للذئب) فلا معنى له؛ لأن قوله عليه الصلاة والسلام: (هي لك)، ليس هو [علي][2] معنى التمليك.

لقوله (أو للذئب) ولم يرد به التمليك؛ لأن الذئب يأكلها على ملك صاحبها، كذلك الواجد إن أكلها، أكلها على ملك صاحبها، فيضمنها، وقول النبي ﷺ في حديث سليمان بن بلال عن ربيعة، ويحيى بن سعيد (فاستنفع بها، ولتكن وديعة عندك) دلالة على وجوب ضمانها إذا أتلفها وأخذها[3].

وأما ردّ اللقطة بعد أخذها / إلى الموضع الذي وجدها فيه، فقد روى [٣٣٨] يحيى بن سعيد، عن سليمان بن يسار، أن ثابت بن الضحاك، وجد بعيراً فقال له عمر: عرّفه! فعرّفه / ثلاث مرات، ثم جاء إلى عمر فقال: قد شغلني عن [٥٢/ب] ضيعتي، فقال [له] عمر: انزع خطامه ثم أرسله حيث وجدته)[4].

قال أبو جعفر: فهذا في البعير إذ هو غير مخوف عليه التلف، فجعل له عمر رده إلى موضعه، كما كان مخيراً بدءاً بين أخذه وتركه، والقياس: فيما يخاف عليه أن لا يرده إلى موضعه، فيضيعه.

[٢٠٤٦] في الأفضل من أخذ اللقطة أو[5] تركها[6]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: الأفضل في البعير الضال وغيره أخذه وردّه إلى صاحبه، وكذلك العبد الآبق، وإن تركه فهو في سعة منه.

---

(١) في (م): (لذلك).
(٢) الزيادة من (م).
(٣) في (م): (إذا أخذها وألفها).
(٤) الموطأ، ٢/ ٧٥٩.
(٥) في (م): (وتركها).
(٦) انظر: المختصر، ١٤٠، ١٤١؛ المدونة، ٦/ ١٨٤؛ المزني، ص١٣٥؛ الإشراف، ١/ ٢٧٧.

وقال مالك: فيمن وجد آبقاً إن كان (لجار أو لأخ)[1]، رأيت له أن يأخذه، وإن كان لمن لا يعرف[2]، فلا يأخذه[3] وهو في سعة[4] من ترك ما لجاره أو لأخيه.

وقال الليث في اللقطة: (إن كانت في شيء[5] له بال)، فالأحب إليّ أن يأخذه ويعرّفه، وإن كان شيئاً يسيراً فإن شاء تركه، وقال في ضآلة الإبل في القرى من وجدها يعرفها، وإن وجدها في الصحاري فلا يقربها ولا يأخذها. وأما ضالة الغنم، فلا أحب أن يقربها إلاَّ أن يحوزها لصاحبها.

وقال المزني عن الشافعي: لا أحب لأحد ترك لقطة وجدها، إذا كان أميناً عليها، فيعرفها[6]، وسواء قليل اللقطة وكثيرها.

قال أبو جعفر: في حديث زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ قال في ضالة الغنم: (هي لك، أو لأخيك، أو للذئب) يدل على إباحته لأخذها، وأن الأفضل حوطها[7] على صاحبها.

فإن قيل: روى أبو حيان، عن الضحاك بن المنذر، عن المنذر قال: كنت بالبوازيج، فراحت البقر، فرأى [فيها] جرير بقرة أنكرها، فقال للراعي: ما هذه البقرة؟ فقال: هذه بقرة لحقت البقر لا أدري لمن هي؟ فأمر بها جرير فطردت حتى توارت، ثم قال: سمعت النبي ﷺ يقول (لا يأوي الضالة إلاَّ ضال)[8].

---

(١) في (م): (لجاره أو لأخ له)، وفي المدونة كالمثبت.
(٢) في (م): (يعرفه)، والمثبت يوافق نص المدونة.
(٣) في (م): (فلا يقربه).
(٤) في (م) زيادة: (منه).
(٥) في (م): (إن كان شيئاً له مال).
(٦) في (م): (ليعرفها)، وفي المزني: (فعرفها سنة).
(٧) في (م): (حفظها).
(٨) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ١٣٣؛ وأبو داود في اللقطة، (١٧٢٠)؛ وابن ماجه، (٢٥٠٣).

قيل له: هذا محمول على أن يأويها لنفسه لا لصاحبها، لما روى يحيى بن أيوب، عن عمرو بن الحارث، عن بكر بن سوادة، عن أبي سالم الجيشاني، عن زيد بن خالد الجهني قال: قال رسول الله ﷺ: (من آوى ضالة فهو ضال ما لم يعرّفها)(١)، وعلى هذا يحمل معنى حديث جرير بن عبد الله.

[٢٠٤٧] في الإنفاق على اللقطة(٢): / [٣٣٩]

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا أنفق على اللقطة والآبق(٣) بغير أمر القاضي، فهو متطوع، وإن أنفق بأمر القاضي، فذلك دين على صاحبها (إذا جاء)(٤)، وله أن يحبسها بالنفقة إذا حضر صاحبها.

وقال ابن شبرمة: إذا أنفق على العبد الآبق، رجع على صاحبه إلاَّ أن يكون انتفع به، وخدمه، فتكون النفقة بمنفعته.

وقال ابن القاسم عن مالك: إن أنفق الملتقط على الدواب والإبل / [٥٣/أ] وغيرها، فله أن يرجع على صاحبها بالنفقة، وإن أنفقها بغير أمر السلطان، فله أن يحبس ذلك بالنفقة، فإن سلّمه المال فلا شيء له(٥)، ويرجع أيضاً عليه بكراء حمل اللقطة.

وقال الحسن بن حي: لا يرجع من نفقته بشيء في الحكم، ويعجبني في الورع والأخلاق أن ترد عليه نفقته.

وقال الشافعي فيما رواه الربيع عنه: إذا أنفق على الضوال من(٦) من أخذها

---

(١) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/١٣٤؛ ومسلم في صحيحه، في اللقطة، لقطة الحاج، (١٧٢٥).
(٢) انظر: المختصر، ص ١٤٠؛ المبسوط، ١١/٩؛ المدونة، ٦/١٧٦؛ الأم، ٤/٦٨.
(٣) ساقط من (م).
(٤) في (م): (أداء).
(٥) في (م) زيادة: (أيضاً).
(٦) في (م): (وأخذها).

فهو متطوع، فإن أراد أن يرجع على صاحبها، فليذهب إلى الحاكم حتى يفرض لها النفقة، ووكل غيره (بأن يقبض تلك النفقة منه)[١]، وينفق عليها، ولا يكون للسلطان أن يأذن له أن ينفق عليها إلاّ اليوم واليومين فإذا جاوز ذلك أمر ببيعها.

قال أبو جعفر: لو أن رجلاً أطعم جائعاً يخاف الموت أو سقاه، كان متطوعاً في ذلك كله[٢]، كذلك ما أنفق على اللقطة في القياس.

[٢٠٤٨] في النفقة على اللقيط[٣]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: ما أنفق الملتقط على اللقيط فهو متطوع (به)[٤] إلاّ أن تكون بأمر الحاكم، وكذلك من وجد ضآلة من: إبل، أو بقر، ويأمره القاضي بالنفقة على الدواب يوماً أو يومين أو ثلاثة، فإن لم يجيء صاحبها أمره ببيعها، وكان ما أنفق ديناً في ثمنها والغلام والدابة وما كان له (غلة)[٥] يؤاجرهما، وينفق عليهما من غلتهما.

وقال مالك: إن أنفق الملتقط على اللقيط ثم أقام رجل البينة أنه ابنه، فإن الملتقط يرجع على الأب إن كان طرحه متعمداً، أو كان موسراً، وإن لم يكن طرحه، أو ضلّ منه، فلا شيء على الأب والملتقط متطوع بالنفقة.

وقال ابن شبرمة: إن أنفق الملتقط على اللقيط احتساباً لم يرجع عليه، وإن كان لغير ذلك أعطيته نفقته إلاّ أن يكون استخدم الغلام، فتكون نفقته بمنفعته.

وقال ابن المبارك عن الثوري: إن[٦] أنفق بأمر الأمير كانت ديناً عليه.

---

(١) في (م): (بأن ينفق تلك النفقة بقبضها منه).
(٢) ساقطة من (م).
(٣) انظر: المختصر، ص ١٤٠؛ المزني، ١٣٦؛ الأشراف، ١/ ٣٠٠.
(٤) في (م): (فيه).
(٥) في (م): (عليه).
(٦) في (م): (إذ).

وقال الأوزاعي في أخوين[1] أنفق الكبير على الصغير، فلا شيء له إن كان أخوه مُعْدِماً، وإن كان موسراً[2] أخذ من ماله / ما أنفق عليه، ويكون ذلك ديناً [٣٤٠] في ماله، إذا كان ما أنفق عليه غير واجب عليه، وكذلك ما أنفقـه الملتقط، يكون ديناً عليه إن كان ذلك غير واجب عليه.

وقال الليث: إذا أنفق الملتقط [على اللقيط][3] ثم ادعاه رجل، رجع الملتقط بنفقته على أبيه.

وقال المزني عن الشافعي: إذا أمره الحاكم بالنفقة عليه، كان ديناً، وما ادعى قُبِل منه إذاً كان مثله قصداً.

وقال المزني: لا تقبل دعواه، وليس كالأمين [يقول][4] فيبرأ.

(قد قال في الباب الذي قبل هذا لا يوكله الحاكم بالنفقة، وإنما يقيم من يقبض منه فينفق)[5].

[٢٠٤٩] في جعل الآبق:[6]

قال أبو حنيفة وأصحابه: لا يجب الجعل في شيء إلاَّ في العبد الآبق، والأمة، والقياس: أن لا جعل فيهما، ولكنه ترك القياس للأثر، فإن جاء به من مسيرة ثلاثة أيام، كان له أربعون درهماً، وإن جاء به من أقل من مسيرة ثلاث، رضخ له بشيء، ولم يبلغ أربعين [درهماً][7] فإن جاء به من مسيرة ثلاثة، وهو لا يساوي أربعين درهماً نقص من قيمته درهماً في قول أبـي حنيفة.

---

(١) في (م): (آخرين إذا).
(٢) في (م): (ذا مال).
(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من (م).
(٤) ما بين المعقوفتين زيد من (م)، والمزني.
(٥) ما بين القوسين ساقطة من (م).
(٦) انظر: المختصر، ص ١٤١؛ المدونة، ٦/١٧٧؛ المزني، ص ١٣٦.
(٧) الزيادة من (م).

وقال أبو يوسف: عليه جعل أربعين درهماً.

وقال ابن القاسم عن مالك: إن كان الذي جاء بالآبق من شأنه وعمله، طلب الإباق وردّهم، فإني أرى أن يجعل له شيئاً على حسب بعد الموضع وقربه، ولم يقدر للجعل شيئاً، وإن لم يكن [ذلك][1] شأنه وعمله، فلا جُعْل له، ويعطي ما أنفق عليه.

قال ابن القاسم في قياس قول مالك: إن كان رجل يطلب الدوآب والضوآل ليردها، أو كان ذلك شأنه، كان له جُعْل.

وقال الحسن بن حي: لا جعل لمن جاء بالآبق، وهو قول الليث، والشافعي.

قال أبو جعفر: روى أبو عمرو الشيباني، عن عبد الله بن مسعود: (في الآبق إذا وجد في المصر عشرة دراهم، وإذا وجد خارج المصر، فأربعون درهماً)[2]، ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه، ومثله لا يقال بالرأي، وإنما طريقه التوقيف، والقياس أن لا شيء له.

[٢٠٥٠] في الآبق كم يحبسه الإمام[3]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا وجد عبداً آبقاً، فلم يقدر على صاحبه يرفعه إلى القاضي، فإن القاضي يقبضه منه [ويتلوّم][4] ويحبسه، فإن جاء وإلاَّ باعه، وإذا جاء صاحبه دفع الثمن إليه.

وقال ابن القاسم عن مالك: [يحبس][5] السلطان الآبق سنة، فإن لم يجيء

---

(١) زيد من (م).

(٢) انظر: المحلى، ٢٠٨/٨؛ السنن الكبرى، ٦/ ٢٠٠؛ مصنف عبد الرزاق، ٨/ ٢٠٨.

(٣) انظر: المبسوط، ١١/ ٢٠، ٢١؛ المدونة، ٦/ ١٧٧؛ المزني، ص ١٣٦.

(٤) الزيادة من (م)، والتلوم: التمكث، والتلبث. انظر المصابح: (لوم).

(٥) في الأصل: (يرفع)، والمثبت من (م)، وفي المدونة: «قال مالك: يرفعه إلى السلطان فيحبسه السلطان سنة..».

صاحبه، باعه، وكان له الثمن إذا جاء، وليس بمنزلة الإبل أنها تستعمل، والآبق إن خلى عنه أبق ثانية.

وقال: قياس قول الشافعي: أن لا توقيت فيه ويبيعه / القاضي، ويحفظ [٣٤١] ثمنه على مولاه.

[٢٠٥١] في بيع الآبق إذا جاء مولاه وادعى عتقاً(١):

قال أبو حنيفة وأصحابه، وقياس قول الشافعي: إن الحاكم إذا باع الآبقة ثم جاء صاحبها، فقال: قد كنت أعتقتها، أو هي أم ولدي، أنه لا يصدق إلاَّ ببيّنة.

وقال ابن القاسم: قياس قول مالك: لا(٢) يصدق في العتق إلاَّ ببيّنة(٣)، ويصدق في دعوى الاستيلاء، إذا كان ممن لا يتهم عليها، وترد إليه.

قال: وقال مالك فيمن باع أمة وولدها، ثم ادعى الولد، رد إليه الأمة والولد(٤) إذا كان ممن لا يتهم على مثلها.

وقال في العتق: لا يصدق، وإن لم يكن لها ولد، وادعى أنها أم ولده ردّت إليه إذا كان لا يتهم على مثلها.

آخر اللقطة والإباق

• • •

(١) انظر: المبسوط، ١١/٢١؛ المدونة، ٦/١٨٠، ١٨١.
(٢) في (م): (أن لا يقبل).
(٣) وفي (م) زيادة: (وقال ابن القاسم: قول مالك).
(٤) في (م): (وولدها).

/ كتاب الطعام والشراب واللباس

[٥٤/أ]

[٢٠٥٢] في القِدر يقع فيها الطير فيموت فيها:

قال أبو جعفر: سمعت أبا خازم القاضي يحدث عن سويد بن سعيد، عن عليّ بن مسهر، قال: كنت عند أبـي حنيفة فأتاه ابن المبارك بهيئة خراساني، فسأله عن رجل (جعل قدراً له)[١] فيها لحم على النار، فمرّ طير، فوقع فيها فمات؟ فقال أبو حنيفة لأصحابه: ماذا ترون فيها؟ فذكروا له عن ابن عباس: أن اللحم يؤكل بعد ما يغسل ويهراق المرق، فقال أبو حنيفة: بهذا نقول، ولكنه عندنا على شريطة إن كان وقع فيها من حال سكونها، فكما في هذه الرواية. وإن كان وقع فيها في حال غليانها، لم يؤكل اللحم ولا المرق، فقال ابن المبارك: ولم ذلك؟ فقال: لأنه إذا سقط فيها في حال غليانها، فمات، فقد داخلت الميتة اللحم، وإذا وقع فيها من حال سكونها فمات، فإنما وسخت الميتة اللحم، فقال ابن المبارك وعقد بيده [ثلاثين][٢] هذا زرّين بالفارسية: يعني [المذهب][٣].

قال: ولا يعلم عن أحد من الصحابة خلاف ذلك وقال ابن وهب، عن

---

(١) في أحكام القرآن للجصاص (نصب له قدراً).

(٢) ساقط من الأصل، والمثبت من (م)، وأحكام القرآن، وبذلك بقصد الاستحسان للجواب.

(٣) في النسختين (الذهب) والمثبت.

مالك في الدجاجة تقع في قدر اللحم، وهي تطبخ، فتموت فيها، قال: لا أرى أن تؤكل تلك القدر، لأن الميتة [قد اختلطت بما][1] ما كان في القدر.

وقال الأوزاعي: يغسل اللحم ويؤكل، وكذلك الزيتون المنقع إذا ماتت فيه فأرة، غسل وأكل.

قال الليث: لا يؤكل ذلك اللحم حتى يغسل مراراً، ويغلى على النار حتى يذهب كل ما كان فيها، وكذلك الزيتون إذا وقعت فيه فأرة فماتت / . [٣٤٢]

قال الشافعي: إذا كان الكلب قد أكل من شيء رطب، يمكن أن يجرى بعضه في بعض نجسه، ولا يجوز أن يقول بغير هذا القول حتى يكون أكلاً، والحياة فيه والدم بالروح تدور.

فأما إذا أكل بعد الموت، فلا تدور فيه دم، وإنّما ينجس حينئذٍ موضع أكله منه، وما قاربه، رواه عنه الربيع.

قال أبو جعفر: روى عبد الله بن المبارك، عن عثمان بن عبد الله الباهلي، قال: حدثني عكرمة، عن ابن عباس في طير وقع في قدر فمات، قال: يهراق المرق، ويؤكل اللحم، ولم يذكر فيه حال الغليان.

وقد روى محمد بن ثوبان، عن السائب بن خبّاب، أنه كان له قدر على النار، فسقطت فيها دجاجة، ونضجت مع اللحم، فاستفتيت عبد الله بن عباس؟ فقال: اطرح الميتة، إهرق المرق، وكل اللحم، فإن كرهته فأرسل إليّ منه بعضو أو عضوين[2].

ففي هذا الحديث، إباحة أكلها بعد الغليان[3].

---

(١) في الأصل: (قد اختلط بها). والمثبت من أحكام القرآن.
(٢) انظر المسألة: أحكام القرآن للجصاص، ١/١١٩.
(٣) وقال الجصاص هنا: «وهذا أيضاً لا دلالة فيه على حال الغليان؛ لأنه جائز أن يكون وقعت فيه بعد سكون الغليان والمرق حار فنضجت فيه والله سبحانه أعلم»، ١١٩/١٠.

وقد روى ابن المبارك، عن عباد بن راشد / ، عن الحسن مثل جواب [٥٤/ب] أبي حنيفة في المعنى.

والقياس: ما قال أبو حنيفة للعلة التي ذكرها، (ولكنه لا يعلم)(١) لابن عباس مخالف من الصحابة.

[٢٠٥٣] في إنَفَحة(٢) الميتة(٣):

قال أبو حنيفة: لبن الميتة وأنفحتها طاهران، لا يلحقهما حكم الموت.

وقال أبو يوسف ومحمد [والثوري](٤) يكره اللبن؛ لأنه [في](٤) وعاء نجس، وكذلك الإنفحة إذا كانت مائعة، فإن كانت جامدة، فلا بأس، وقالوا جميعاً في البيضة إذا كانت من دجاجة ميتة، فلا بأس بها.

وقال مالك: لا يحل اللبن في ضروع الميتة.

وقال الثوري: اللبن لا يموت، ويكره لأجل أن وعائه ميتة.

وقال الليث: لا تؤكل البيضة التي تخرج من دجاجة ميتة.

وقال [عبد الله](٥) بن الحسن: اللبن الذي يكون في ضرع الشاة [الميتة](٦) حرام

---

(١) في (م): (ولكنا لا نعلم. . . مخالفاً).

(٢) الإنفَحة ــ بكسر الهمزة وفتح الفاء وتثقيل الحاء أكثر من تخفيفها ــ قال الجوهري الكَرِش، وفي التهذيب: «وهو شيء يستخرج من بطنه أصفر يعصر من صوفة متبلَّة في اللبن فيغلظ كالجبن ولا يسمى إنفحة إلاَّ وهو رضيع». وأوضح منه: «الإنفحة شيء كالكيس يكون في بطن الجدي أو الخروف المولود حديثاً وقبل أن يطعم، ويكون في داخل الكيس سائر خاثر، إذا وضع منه شيء على اللبن خثر، وصار كالجبن، وهي المساة والمسوة عند الناس، ويقال أيضاً لهذا السائل إنفحة». الهادي: (نفح).

(٣) انظر: المبسوط، ٢٤/٢٧؛ أحكام القرآن، ١/ ١٢٠.

(٤) الزيادة من أحكام القرآن.

(٥) في الأصل: (عبد الله) والمثبت من (م).

(٦) الزيادة من (م).

وأما بيضة الدجاجة الميتة، فإني أكره أن أرخص فيها.

وقال المزني عن الشافعي: لو رضع صبيّ من امرأة بعد موتها، لم يحرم؛ لأنه لا يحل لبن الميتة.

قال أبو جعفر: وهذا يدل على أنه قد حله حكم الموت عنده، وخرج به من جنس الألبان، وأنه لم يحرمه لنجاسته؛ لأن لبناً لو وقعت فيه نجاسة ثم أرضع به صبيٌ، كان رضاعاً.

قال أبو جعفر: ليس اللبن مما يحيا بحياة الشاة، ولا يموت بموتها، إلاَّ أنه ينبغي أن يكون نجساً، لمجاورته بضرع نجس. وقد روى أبو الصبهاء البكري، قال: قام ابن الكواء إلى عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه، وهو على المنبر، فقال: إني وطئت على دجاجة ميتة، فخرجت منها بيضة، آكلها؟ فقال عليّ / [٣٤٣] : لا، قال: فإن استحضنتها تحت دجاجة فخرج منها فرخ،، أكله؟ قال: نعم، قال: فكيف؟ قال: لأنه حيّ خرج من ميت[١].

وروى عن عطاء بن السائب، عن كثير بن جُمْهان، عن ابن عمر في دجاجة ميتة، خرجت منها بيضة، أنه لا يأكلها[٢]، ولا يعلم عن غيرهما من الصحابة خلاف ذلك، والقياس: أن يؤكل.

[٢٠٥٤] في مقدار ما يأكل المضطر من الميتة[٣]:

قال أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي، فيما رواه المزني عنه: لا يأكل المضطرب من الميتة إلاَّ مقدار ما يمسك النفس[٤].

---

(١) انظر: المجموع، ١/٣٠١، (المطيعي).
(٢) السنن الكبرى، ١٠/٧.
(٣) انظر: أحكام القرآن، ١/ ١٣٠.
(٤) في أحكام القرآن، (ما يمسك به رمقه).

وروى ابن وهب عن مالك: يأكل منها حتى يشبع ويزوّد منها، فإن وجد عنها طرحها.

وقال عبيد الله بن الحسن: المضطرب يأكل من الميتة، ما يسد [به جوعه][1].

قال أبو جعفر: ليس لأحد أن يأكل من الميتة في حال الشبع، ولا ما يقاربه حتى يخاف، فإذا أكل منها ما يزيل الخوف، فقد زالت الضرورة، ولا يحل الأكل. / [٥٥/أ]

[٢٠٥٥] / في تخليل الخمر[2]:

قال أبو حنيفة وأصحابه في كتاب الأشربة: لا بأس بتخليل الخمر، ولا بأس بأن يطرح فيها السمك والملح فيصير مربّى، إذا تحولت عن حال الخمر فصارت خلاً أو مربًى.

وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف في نوادره: لو أن رجلاً اتخذ مربّى من خمر وسمك وملح، فإن أبا حنيفة قال: إذا صار مربّى فلا بأس، للأثر الذي جاء عن أبي الدرداء.

وقال أبو يوسف مثل ذلك، إلاَّ في خصلة: إذا كان السمك هو الغالب للخمر، فلا يؤكل هذا كالعجين الذي عجن بالخمر، وإن كانت الخمر الغالبة للسمك فتحولت[3] عن طباعها إلى المربى فلا بأس بذلك.

وقد روي عن محمد في أماليه مثل قول أبي يوسف هذا، قال محمد: ولو

---

(١) في الأصل: (جوعته)، وفي (م): (جوعه) والمثبت في أحكام القرآن.

(٢) انظر: المختصر، ص ٢٧٩؛ المبسوط، ٢٤/٧؛ المدونة، ٦/ ٢٦٤؛ الإشراف، ٢/ ٣٨٢.

(٣) في (م): (فحولت).

أن خمراً صبّ في مربى، جعل[1] من الخمر، أو من غير الخمر، فغلب المربى عليها، لم تؤكل. ولو صبّ خمر في خل، أيّ خل كان، لم يكن به بأس، إذا غلب عليها الخل، حتى لا يوجد لها طعم ولا رائحة، ولا يشبه اختلاطها بالخل، اختلاطها بالمربّى؛ لأن [الخمر][2] قد يتحول خلاً بغير حدث يحدث فيها، ولا يصير مربى إلاّ بعمل يعمل فيها.

وقال ابن وهب وابن القاسم عن مالك: لا يحل للمسلم أن يخلل الخمر، ولكن يهريقها، فإن صارت خلاً بغير علاج، فهو حلال لا بأس به.

وقال ابن وهب عن مالك: في الرجل يلقي العصير على الدردبيّ ليصير خلاً، فلا بأس به إذا كان إنما يريده للخل.

وروى ابن القاسم عن مالك: أنه إن خلّلها، جاز أكله وبيعه، وبئس ما صنع، كان ينبغي[3] أن يهريقها.

وروى أشهب عن مالك: إذا خلل النصراني خمراً له، فلا بأس بأكله، وكذلك إن خللها مسلم، واستغفر[4] الله تعالىٰ.

وقال الأوزاعي في الخمر: يخلل أو يجعل[5] مربى، لا بأس بأكله، إذا علم أنها قد انقلبت.

والثوري: لا يرى بأساً بتخليل الخمر، وكذلك قول الليث، وكرهها عبيد الله بن الحسن.

وقياس قول الشافعي: أنها إذا صارت خلاً بفعل آدمي، لم تؤكل وإن كانت بغير فعل آدمي، أكل.

---

(١) ساقط من (م).
(٢) في الأصل: (الخل)، والمثبت من (م).
(٣) في (م): زيادة (له).
(٤) في (م): (واستغفر الله).
(٥) في (م): (يجعله).

قال أبو جعفر: روى سفيان الثوري عن السدي عن [أبـي هبيرة][1] عن أنس قال: (جاء رجل إلى النبـي ﷺ، وفي حجره يتيم، وكان عنده خمر حين حرمت الخمر، فقال يا رسول الله: نصنعها خلاً؟ قال: لا. فصبه حتى سال في الوادي)[2].

وروى مجالد عن أبـي الوداك عن أبـي سعيد قال: (كان عندي خمر لأيتام فلما نزلت تحريم الخمر، أمرنا رسول الله ﷺ أن نهريقها)[3].

قال أبو جعفر: (احتمل نهي النبـي ﷺ عن أن يجعل خلاً، وأمره بالإراقة معنيان / : أحدهما: أن يكون منهياً عن التملك، ولا دلالة فيه بعد ذلك على [٥٥/ب] حظر الخل المجعول منها، فاحتمل أن يكون مراده: تحريم ذلك الخل، ويحتمل أيضاً أن يريد قطع العادة لقرب عهدهم بشرب الخمر على وجه التغليظ، وإن من كان مأموناً منه ذلك فغير منهي عنه، كما روى ابن أبـي ذئب عن الزهري عن سالم عن أبيه، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يغدو فينظر إلى الأسواق، فإذا رأى اللبن أمرنا بالأسقية ففتحت، فإن وجد فيها شيئاً مغشوشاً، قد جعل فيه وغش به، أهراقها)، ومعلوم أنه لم يكن محرماً الأكل، ولكن لقطع العادة والتغليظ على فاعله.

وقد حدثنا إبراهيم بن مرزوق، قال: حدثنا أبو عاصم، عن ابن أبـي ذئب عن ابن شهاب، عن القاسم بن محمد، عن أسلم مولىٰ عمر بن الخطاب عن عمر قال: (لا تأكل من خمر أفسدت خلاً، حتى يكون الله تعالى بدأ إفسادها)[4].

---

(١) في الأصل: (أبـي هريرة)، وفي (م): (ابن هبيرة)، والمثبت من رواية الطحاوي، في مشكل الآثار، ٤/ ٣٠٢.

(٢) أخرجه الطحاوي، معاني الآثار، ٤/ ٣٠٢.

(٣) أخرجه الطحاوي، مشكل الآثار، ٤/ ٣٠٣.

(٤) أخرجه أبو عبيد في الأموال، ص ١١٤؛ وعبد الرزاق في مصنفه، ٩/ ١٥٣.

قال أبو جعفر: هذا حديث قد أخطأ أبو عاصم في اختصاره، وجعل هذا الكلام[1] من قول عمر، وإنما هو من كلام ابن شهاب.

روى ابن وهب، عن ابن أبي ذئب، عن ابن شهاب، عن القاسم بن محمد، عن أسلم (أن عمر أمر بالطلاء حين نزل بالجابية وهو يومئذ يطبخ كعقيد الرُب، فقال: إنَّ هذا لشراب ما انتهى إليه)[2] وفيه (ولا يشرب رجل من خمر أفسدت حتى يبدأ الله بفسادها، فعند[3] ذلك يطيب).

والذي في هذا الحديث من كلام عمر هو: وصف الطلاء.

وقد رواه يونس، عن ابن شهاب، عن القاسم بن محمد، عن أسلم أن عمر أُتي بالطلاء، فقال: (إن [في][4] هذا الشراب ما انتهى إليه).

فهذا هو أصل الحديث، وهو الذي فيه من كلام عمر، وقد كان ابن شهاب كثيراً ما يروي الحديث فيدرج قوله فيه، فيظن بعض السامعين أنه من الحديث.

و [قد] روى الحسن، عن عثمان بن أبي العاص (أن تاجراً اشترى خمراً فأمره أن يصبها في دجلة! فقالوا: ألا تأمره أن يجعلها خلاً فنهاه عن ذلك)[5].

وهذا يحتمل ما ذكرناه من وجه التغليظ وقطع العادة في إمساكها.

وقد روى أبو إدريس الخولاني (أن أبا الدرداء كان يأكل المربى الذي جعل فيه الخمر، ويقول ذكته الشمس والملح)[6].

---

(١) في (م): (هذا القول من كلام عمر).

(٢) أخرجه عبد الرزاق بلفظ: (قدمنا الجابية مع عمر، فأتينا بطلاء وهو مثل عقيد الرب، إنما يخاض بالمخوض، فقال عمر: إن في هذا الشراب ما انتهى إليه)، ٩/ ٢٥٤.

(٣) في (م): (فعندي).

(٤) الزيادة من رواية عبد الرزاق في مصنفه.

(٥) أخرجه أبو عبيد في الأموال، ص ١١٣.

(٦) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه نحوه: ٩/ ٢٥٢.

وكما لا يختلف حكم جلد الميتة في دبغه بعلاج آدمي أو غيره، كذلك استحالة الخمر خلاً.

[٢٠٥٦] فيمن اضطر إلى شرب الخمر[1]:

قال أبو حنيفة: يشرب منها مقدار ما يمسك رمقه إذا كان يرد عطشه.

وقال مالك والشافعي: لا يفعل؛ لأنها لا تزيده إلاَّ عطشاً وجوعاً.

وقال الشافعي: ولأنها تذهب بالعقل.

قال أبو جعفر: / إذا كانت تمسك الرمق، فالضرورة إليها دافعة[2] [٥٦/أ] كالميتة، وإذا لم ترتفع بها الضرورة، ولا ينتفع بشربها في إمساك الرمق فليس إذاً[3] بمضطر إليها، ولا إباحة فيها، فيستحيل حينئذٍ جواب من أجاب حين يسأل عمن اضطر إلى شرب الخمر؛ فإنها لا تحل؛ وإنما ينبغي حينئذ أن يجيب: بأن يقول لا يضطر إليها، فيحيل مسألة السائل. وأما ما ذكره الشافعي من ذهاب العقل بشربها، فليس هو مما نحن فيه من شيء؛ لأنه يسأل عن المقدار الذي لا يذهب العقل[4] إذا اضطر إليه.

[٢٠٥٧] في الشرب في القدح المفضض[5]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: لا بأس بأن يشرب الرجل في القدح المفضض إذا لم يجعل فاه على الفضة، كالشرب بيده وفيها الخاتم.

وقال ابن القاسم عن مالك: لا أحب أن يدهن في مدهن الورق ولا يستجمر في مجامر الورق.

---

(١) انظر: المختصر، ص ٢٨٠؛ أحكام القرآن للجصاص، ١/ ١٢٩.
(٢) في (م): (واقعة).
(٣) في (م): (اختطر).
(٤) في (م): (بالعقل).
(٥) انظر: المختصر ص ٤٣٧؛ الإشراف، ٢/ ٣٦٦؛ المهذب، ١/ ١٨.

وسئل مالك عن ثلمة القدح، وما يلي الأذن؟ فقال مالك: قد سمعت سماعاً ــ كأنه يضعفه ــ وما علمت فيه بنهي.

[٣٤٦] وقال ابن وهب: سمعت الليث يكره أن يشرب أو يؤكل في القدح / والصحفة التي فيها تضبيب بالورق، مثل قول مالك بن أنس.

ففي هذه الرواية عن مالك كراهته.

وقال الشافعي: وأكره المضبّب بالفضة؛ لئلا يكون شارباً على الفضة.

قال أبو جعفر: (روي عن ابن عمر: أنه لم يشرب في القدح المفضض[١]؛ لما سمع من رسول الله ﷺ من نهيه عن الشرب في آنية الفضة والذهب)[٢]. رواه موسى بن أعْيَن، عن خصيف، عن نافع عن ابن عمر.

فاحتمل ذلك: أن يكون منه على التورّع، لا على النهي، كما روى عيسىٰ بن يونس عن المغيرة بن زياد، عن [أبي][٣] عمرو مولىٰ أسماء، قال: رأيت ابن عمر اشترى جبة فيها خيط أحمر، فردها، فأتيت أسماء، فذكرت ذلك لها، فقالت: بؤساً لابن عمر، يا جارية ناوليني جبة رسول الله ﷺ، فأخرجت إلينا (جبة)[٤] مكفوفة الجيب والكمين والفرج بالديباج)[٥]. وكان ذلك منه لا على وجه التحريم، وإنما على [وجه][٦] المبالغة في ترك الحرير المنهى عنه، كنضحه الماء في عينيه، لغسل الجنابة، لا لوجوب ذلك عليه.

(١) مصنف عبد الرزاق، ١١/ ٧٠.
(٢) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار، ٢/ ١٧٤.
(٣) في الأصل: (ابن)، والمثبت من م، كما في المشكل، ٢/ ١٧٦؛ والخلاصة، ٣/ ٢٨٣.
(٤) في المشكل: (جبته).
(٥) أخرجه الطحاوي: مشكل الآثار، ٢/ ١٧٦.
(٦) في الأصل: (جهة)، والمثبت من (م).

وقد روى ابن عون، عن محمد بن سيرين، عن بنت [أبي][1] عمرو مولى عائشة قالت: (أبت عائشة أن ترخص لنا في تفضيض الآنية)[2].

وروى أبو نعيم، قال: حدثنا شريك عن حميد قال: (رأيت عند أنس قدح النبي ﷺ فيه فضة أو [قد] شد بفضة)[3].

قال أبو جعفر: فلا يخلو من أن[4] ذلك قد كان في زمان النبي ﷺ، أو أحدثه فيه أنس بعده، [وأي][5] ذلك كان فقد ثبت عن / أنس إباحته؛ لأنه [٥٦/ب] كان يسقي الناس فيه تبركاً برسول الله ﷺ.

وقد روي عن قتادة: (قال: كان عمران بن حصين، وأنس بن مالك يشربان في الإناء المفضض).

وعن طاوس، ومحمد بن علي بن الحسين، والحكم بن عيينة، وإبراهيم، وحماد، والحسن عن أبي العالية: أنهم كانوا يشربون في الإناء المفضض[6].

[٢٠٥٨] في حكم عصير العنب بعد الطبخ[7]:

قال أبو يوسف: في العصير إذا غلىٰ، فهو خمرة[8].

وقال أبو حنيفة: لا بأس به ما لم يقذف بالزبد، فإن طبخ حتى يذهب ثلثاه

---

(١) في الأصل: (ابن)، والمثبت من (م)، كما في المشكل، ٢/١٧٨؛ والخلاصة، ٣/٢٨٤؛ وهو: ذكوان.

(٢) أخرجه الطحاوي: مشكل الآثار، ٢/١٧٨.

(٣) أخرجه الطحاوي: مشكل الآثار، ٢/١٧٣.

(٤) في (م): (من ذلك أن ذلك).

(٥) في الأصل: (وإن)، والمثبت من (م).

(٦) انظر: مشكل الآثار، ٢/١٧٣، ١٧٩.

(٧) انظر: المختصر، ص ٢٨١؛ المدونة، ٦/٢٦٣؛ المزني، ص ٢٦٥.

(٨) في (م): (خمر)، وقال الفيومي في الخمر: «ويجوز دخول الهاء فيقال: الخمرة على أنها قطعة من الخمر». (خمر).

ويبقى الثلث، ثم غلىٰ بعد ذلك، فلا بأس به، وهذا قد خرج عن حال المكروه الحرام إلى حال الحلال، فلا بأس به غلىٰ أو لم يغل.

وقال ابن القاسم عن مالك: لا يعتبر الغليان؛ أحدّه إذا أسكر، ولا أحدّه إذا لم يسكر، ولا ألتفت إلى الغليان، ولا إلى ذهاب الثلثين بالطبخ.

وقال الثوري: أشرب العصير ما لم يغل، وغليانه: أن يقذف بالزبد فإذا غلىٰ، فهو خمر.

وقال الليث: لا بأس بشرب العصير إذا طبخ، حتى يذهب ثلثاه ويبقى [ثلثه][1]، وقال: لا بأس بشرب العصير حتى يغلي.

وقال الشافعي: كل شراب أسكر كثيره فقليله حرام [وفيه الحد][2] قياساً على الخمر، ولا يحد إلاّ بأن يقول: [شربت الخمر، أو يشهد عليه به، أو يقول][3]: شربت ما يسكر، أو يشرب من إناء هو ونفر، فيسكر بعضهم، فيدل على أن الشراب مسكر.

واحتج بأن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: (لا أوتىٰ بأحد شرب خمراً أو نبيذاً مسكراً، إلاّ جلدته الحد).

قال أبو جعفر: روى الشعبي عن حيان[4] بن حصين الأسدي: أن عماراً أراه كتاب عمر بن الخطاب إليه: بأن يأمر المسلمين بشرب العصير الذي قد طبخ حتى يذهب ثلثاه، ويبقى ثلثه، وأن عماراً شربه، وأمر به الناس، قال: هذا شراب لم نكن نشربه حتى أمرنا به أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه. وقال

---

(١) في الأصل: (ثلث)، والمثبت من (م).
(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من (م). ونص المزني، ٢٦٥.
(٣) المصدر السابق.
(٤) في (م): (جباب)، والصحيح المثبت، كما في التقريب، ١٨٤.

داود بن أبي هند قلت لسعيد بن المسيب: الطلاء الذي أحلّه عمر للناس ما هو؟ قال: ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه[1].

فإن قيل: إنما أباح ذلك؛ لأنه قال له بعض أهل الأرض: إنه لا يسكر.

قيل له: قد أمر الناس بشربه، ولم يستثن لهم ما لا يسكر مما يسكر، وتابعه عليه الصحابة من غير نكير.

[٢٠٥٩] في الانتباذ في الأواني[2]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: لا بأس بالانتباذ في جميع الأواني.

وروى ابن القاسم عن مالك: أنه كره الانتباذ في الدباء والمزفت ولا يكره غير ذلك.

وكره الثوري الانتباذ في الدباء والحنتم والنقير والمزفت.

وقال الشافعي: لا أكره من الأنبذة إذا لم يكن الشراب يسكر شيئاً، إلاَّ شيئاً مسمى بعينه بعدما سمى / في الآثار من الحنتم والنقير والدباء والمزفت. [٥٧/أ]

قال أبو جعفر: روي عن علي عليه السلام (أنه نهى عن الدباء والمزفت)[3].

وروى ابن عباس (أن النبي ﷺ نهى وفد عبد القيس عن الدباء والحنتم والمزفت)[4].

---

(١) انظر: مصنف عبد الرزاق، ٩/٢١٩؛ وما بعدها، معاني الآثار، ٤/٢١١؛ وما بعدها.
(٢) انظر: المختصر، ص ٢٨١؛ المدونة، ٦/٢٦٣؛ المزني.
(٣) أخرج الطحاوي الحديث مرفوعاً إلى النبي ﷺ عن علي رضي الله عنه، معاني الآثار، ٤/٢٢٣؛ وكذلك مسلم في الأشربة، (١٩٩٤).
(٤) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/٢٢٣؛ ومسلم، في الأشربة، النهي عن الانتباذ في المزفت، (١٩٩٥/٣٩).

وروى ابن عباس وابن عمر (أن النبي ﷺ حرم نبيذ الجرّ)[1].

قال ابن عباس: والجر كل شيء من (المدر)[2].

وقالت عائشة: (نهى رسول الله ﷺ أن ينتبذ في الدباء والحنتم والمزفت)[3].

فهذه آثار قد رويت في النهي عن الأوعية.

وروى سفيان، عن منصور، عن سالم بن أبي الجعد، عن جابر قال: لما نهى رسول الله ﷺ عن الأوعية، قالت الأنصار: إنا لا بد لنا منها فقال النبي ﷺ: (فلا إذاً).

[٣٤٨] وقد روى شريك، عن زياد بن فياض، عن أبي عياض / عن عبد الله بن عمرو قال: (سئل رسول الله ﷺ عن الأوعية؟ فقال: لا تنبذوا في الدباء، والحنتم، والنقير، فقال أعرابي: لا ظروف لنا، فقال النبي ﷺ: (اشربوا ما حلّ لكم واجتنبوا كل مسكر)[4].

وروى يعقوب بن مجاهد، عن عبد الرحمن [بن][5] جابر بن عبد الله، عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: (إني كنت نهيتكم أن تنبذوا في الدباء والحنتم والمزفت، فانتبذوا ولا أحل مسكراً).

وروى واسع بن حَبَّان عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ مثله.

---

(١) انظر: معاني الآثار، ٤/ ٢٢٣، ٢٢٤.

(٢) وفي (م): (البذر)، وفي معاني الآثار (الله)، ٤/ ٢٢٣؛ والمثبت هو الصحيح. كما في مسلم بالتعريف (١٩٩٧)، وأخرج عبد الرزاق في مصنفه (مدر) بالتنكير، ٩/ ٢٠٥.

(٣) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ٢٢٤؛ مسلم (١٩٩٥).

(٤) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ٢٢٨.

(٥) في الأصل: (عن)، والمثبت من م، ومعاني الآثار، ٤/ ٢٢٨.

وروى سماك بن حرب، عن القاسم بن عبد الرحمن [بن][1] عبد الله بن مسعود، عن أبيه، عن أبي بردة بن نيار قال: قال لنا رسول الله ﷺ: (إني كنت نهيتكم عن الشرب في الأوعية، فاشربوا فيما بدا لكم ولا تسكروا)[2]. (وروى سفيان الثوري، عن علقمة بن مرثد، عن أبي بريدة عن أبيه عن النبي ﷺ مثله)[3].

وروى أبو العالية وغيره عن عبد الله بن المغفل، قال: شهدت رسول الله ﷺ حين نهى عن نبيذ الجر، وشهدته حين أمر بشربه، فقال: (اجتنبوا المسكر)[4].

وروى خالد الحذاء، عن شهر بن حوشب، عن أبي هريرة قال: (لما وفد عبد القيس قال النبي ﷺ: كل امرىء حسيب نفسه، لينتبذ كل قوم فيما بدا لهم).

فهذه الآثار ناسخة للأولىٰ، وقد روى أنس أنه كان ينتبذ له في جرة خضراء، وهو أحد من روى النهي عن نبيذ الجر[5].

[٢٠٦٠] في الخليطين من الأشربة[6]:

قال أبو حنيفة: لا بأس بشرب الخليطين من البسر والتمر أو الزبيب والتمر، كما لو طبخ على الانفراد حلّ، كذلك إذا طبخ مع غيره.

---

(١) في الأصل (عن)، والمثبت من م، ومعاني الآثار، ٤/٢٢٨؛ كما في الخلاصة، ٢/٣٤٤؛ والتقريب، ص ٤٥٠.

(٢) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/٢٢٨؛ ومسلم، في الأشربة، (حديث بريدة) (٩٧٧).

(٣) المصدر السابق.

(٤) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/٢٢٩.

(٥) المصدر نفسه.

(٦) انظر: المختصر، ص ٢٧٨؛ المبسوط، ٢٤/٥؛ المدونة، ٦/٢٦١؛ الإشراف، ٢/٣٦٩.

وروي عن ابن عمر، وإبراهيم، وهو قول أبـي يوسف الآخر.

وقال محمد: أكره المعتق من التمر والزبيب.

[٥٧/ب] وقال ابن وهب عن مالك: لا يجمع بين شرابين وإن لم يسكر. / وكذلك رواه ابن القاسم عنه.

ولما روي عن النبـي ﷺ أنه نهى أن ينبذ البُسر والتمر جميعاً، وأن ينبذ الزهور والرطب (أيضاً) جميعاً[١].

وروى المعافى عن الثوري أنه كره من النبيذ [الخليطين والسلافة][٢] والمعتق.

وقال الليث: لا أرى بأساً بأن يخلط نبيذ التمر ونبيذ الزبيب ثم يشربان جميعاً. وإنما جاء الحديث في الكراهية أن ينبذا جميعاً ثم يشربان؛ لأن أحدهما يشتد به صاحبه.

وقال الشافعي: نهى النبـي ﷺ عن الخليطين، ثم لم يذكر مخالفة منه لذلك.

وروى ابن عباس، وأبو قتادة، وجابر بن عبد الله، وأبو سعيد وأنس: (أن النبـي ﷺ نهى أن ينبذ التمر والزبيب والزهور والرطب)[٣].

وروى [معبد][٤] بن كعب عن أمه، وكانت قد صلت القبلتين (أن النبـي ﷺ نهى عن الخليطين).

---

(١) أخرجه مسلم من حديث أبـي قتادة في الأشربة، كراهة انتباذ التمر، (١٩٨٨).

(٢) في الأصل: (الخليط والسالفة) والمثبت من م، والسلافة: «ما تحلب وسال قبل العصر، وهو أفضل الخمر». المغرب (سلف).

(٣) أخرج أحاديثهم مسلم، في الأشربة، كراهة انتباذ التمر والزبيب مخلوطين، (١٩٨٦ ـ ١٩٩١).

(٤) في الأصل: (سعيد)، والمثبت من م، انظر: الخلاصة، ٣/٤٣؛ التقريب، ص ٥٣٩،

قال أبو جعفر: واحتمل أن يكون النهي على وجه التحريم، واحتمل أن يكون لضيق العيش، كراهة السرف، / كما روى عن جبلة بن سحيم قال: [٣٤٩] (أصابتنا سنة، فرآنا ابن عمر ونحن نأكل التمر، فقال لنا: لا تقارنوا فإن رسول الله ﷺ نهى عن القران، قال ابن عمر: إلاَّ أن يستأذن الرجل منكم أخاه)[١].

والنهي عن الخليطين هذا معناه؛ لأن كل واحد على حياله يجوز شربه، كما يجوز أكل كل تمرة على حيالها.

[٢٠٦١] في شرب النبيذ الشديد[٢]:

قال بشر عن أبي يوسف، قال أبو حنيفة: الخمر حرام قليلها وكثيرها والسكر حرام، وليس كتحريم الخمر، (ونقيع الزبيب إذا غلىٰ حرام، وليس كتحريم الخمر)[٣]. والنبيذ المعتق المطبوخ لا بأس به من أي شيء كان، وإنما يحرم منه القدح الذي يسكر.

وقال أبو يوسف: من قعد يطلب السكر، فالأول عليه حرام، والمقعد عليه حرام، والمشي إلى المقعد عليه حرام، كما أن الزنا عليه حرام، وكذلك المشي في طلبه. وإن قعد وهو لا يريد السكر، فلا بأس.

قال أبو يوسف: ولا بأس بالنقيع من كل شيء وإن غلىٰ، ما خلا الزبيب والتمر، وهو قول أبي حنيفة، فيما حكاه محمد من غير خلاف.

---

(١) أخرجه البخاري في الأطعمة، القران في التمر (٥٤٤٦)، ومسلم في الأشربة، نهي الآكل مع جماعة عن قران تمرتين (٢٠٤٥).

(٢) انظر: الجامع الصغير ص ٣٩٨؛ المختصر، ص ٢٧٧، ٢٧٨؛ المزني، ص ٢٦٥؛ المدونة، ٦/ ٢٦١.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م، وقال الطحاوي عن نبيذ الزبيب الفقيع: «فإذا غلا واشتد فلا ضير فيه».

وروى هشام عن محمد: ما أسكر كثيره فالأحب[1] إليَّ أن لا يشربه، ولا أحرمه.

وروى ابن وهب عن مالك قال: السنة عندنا: أن من شرب شراباً يسكر، فسكر أو لم يسكر فعليه الحد[2].

قال المعافى وقال الثوري: أكره نقيع التمر ونقيع الزبيب إذا غلى، وهو السكر.

قال المعافى و[سئل الثوري][3]. عن نقيع العسل؟ فقال: لا بأس به.

وروى أحمد بن يونس عن المعافى عن سفيان الثوري: قال أشرب من النبيذ كما تشرب من الماء[4].

[٥٨/أ] وقال الأوزاعي: / كل مسكر وكل مُخدر فهو حرام.

وقال المزني عن الشافعي: ما أسكر كثيره فقليله حرام.

قال أبو جعفر: الخمر محرمة بنص الكتاب، قال الله تعالى: ﴿۞يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ﴾ [البقرة/ ٢١٩] وقال في آية أخرى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّىَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَٱلْإِثْمَ﴾ [الأعراف/ ٣٣] فحصل [من][5] مجموع الآيتين: تحريم الخمرة، والخمر: هي التي تعتصر من العنب، لقوله تعالى حاكياً عن صاحب يوسف: ﴿إِنِّىٓ أَرَىٰنِىٓ أَعْصِرُ خَمْرًا﴾ [يوسف/ ٣٦] فدل [على][6] أن الخمر معتصرة، وأنها خلاف الأشياء التي ينتبذ في الأوعية.

---

(١) في (م): (فأحب).

(٢) في (م): (فقد وجب عليه الحد).

(٣) في الأصل: (وقيل الثوري) والمثبت من (م).

(٤) انظر: فتح الباري، ١٢/ ١٣٣؛ سير أعلام النبلاء، ٧/ ٢٤١؛ نيل الأوطار، ٩/ ٦٠.

(٥) الزيادة من (م).

(٦) الزيادة من (م).

ثم روي عن الشعبي عن ابن عمر، عن عمر أنه قال: (إن الخمر حرمت وهي من خمسة أشياء: من العنب، والتمر، والعسل، والحنطة، والشعير، والخمر ما خامر العقل)[1].

وروى عكرمة / عن ابن عباس قال: (نزل تحريم الخمر: وهي الفضيخ) [٣٥٠] فأخبر في هذا الحديث أن الخمر: هو الفضيخ[2].

وروى مالك بن مِغْول، عن نافع، عن ابن عمر قال: (لقد حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء)[3].

ففي هذا الحديث أن الفضيخ وما يخرج من النخل ليس بخمر؛ لأنه كان في المدينة من ذلك، فهذا خلاف ما روي عن عمر أن الخمر من خمسة أشياء.

وروى حميد الطويل عن أنس قال: (كنت أسقي أبا عبيدة، وأُبَـيّ بن كعب وسهيل بن بيضاء في نفر في بيت أبـي طلحة، فمر بنا رجل فقال: إن الخمر قد حرمت، فوالله ما قالوا حتى نتبيّن، حتى قالوا: أهرق ما في إنائك يا أنس، ثم ما عادوا فيها حتى لقوا الله تعالىٰ. وأنه من البسر والتمر، وهو خمرنا يومئذ)[4].

فأخبر أنس: أن الخمر يومئذ[5]: التمر والبسر، فانتفى بذلك أن يكون غيرهما خمراً عنده.

وروى قتادة عن أنس هذا الحديث، وقال: إنما نعدها يومئذ خمراً[6].

---

(١) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/٢١٣؛ والبخاري، في الأشربة، الخمر من العنب وغيره (٥٥٨١).

(٢) وروي ذلك أيضاً عن أنس وعمر، والأنصار رضي الله عنهم. أحكام القرآن للجصاص ١/٣٢٧.

(٣) أخرجه البخاري، في الأشربة، باب قول الله تعالى (إنما الخمر) (٥٥٧٩).

(٤) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/٢١٣، ٢١٤؛ والبخاري، في الأشربة، نزل تحريم الخمر... (٥٥٨٢، ٥٥٨٣).

(٥) في (م): (يوم حرمت).

(٦) معاني الآثار، ٤/٢١٤؛ .

وروى ثابت عن أنس قال: حرمت علينا الخمر يوم حرمت، وما اتخذ خمور الأعناب إلاّ القليل، وعامة خمورنا: البسر والتمر.

وروى المختار بن فلفل قال سألت أنس بن مالك عن الأشربة؟ فقال حرمت الخمر وهي: من العنب والتمر والعسل، والحنطة والشعير والذرة، وما (حرمت من ذلك) فهو خمر.

فهذا ما روي عن الصحابة في الخمر[١].

وروي يحيى بن أبي كثير، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ (الخمر من هاتين الشجرتين: النخلة والعنبة)[٢]. فأخبر أن الخمر منهما، وفي ذلك نفى أن يكون من سواهما، فاتفقت الأمة أن عصير العنب الذي[٣] اشتد وغلىٰ، وقذف بالزبد، فهو خمر، وإن مستحله كافر. فهذا يدل على أن حديث ابن أبي كثير: أن الخمر من هاتين الشجرتين غير معمول به عندهم؛ لأنهم لو قبلوه، لأكفروا مستحل نقيع التمر، فثبت أنه لم يدخل في الخمر المحرمة غير عصير العنب النيء المشتد الذي قد بلغ أن يسكر، ثم لا يخلو الخمر من أن يكون التحريم متعلقاً بها[٤] غير مقيس عليها غيرها، أو يجب القياس عليها، فوجدناهم جميعاً قد قاسوا عليها نقيع التمر إذا غلىٰ، وأسكر كثيره، وكذلك نقيع الزبيب، فوجب قياساً على ذلك أن [يحرم][٥] كل ما أسكر كثيره.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: (كل مسكر حرام)[٦]، واستغنى عن ذكر

---

(١) انظر: معاني الآثار، ٤/٢١٣، ٢١٤؛ فتح الباري، ١٠/٤٤، ٤٥.
(٢) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/٢١١.
(٣) في (م): (إذا).
(٤) زيادة (من) في م.
(٥) في الأصل (أن يجيء من)، و المثبت من (م).
(٦) أخرجه الطحاوي من حديث عمر: معاني الآثار، ٤/٢١٥؛ ومن حديث أنس، ٤/٢٢٦؛ ومسلم من حديث أبي موسى، في الأشربة، بيان أن كل مسكر خمر. (١٧٣٣) وغيرهما بألفاظ مختلفة عن عائشة رضي الله عنها.

سنده لقبول الجميع له، وإنما الخلاف بينهم في تأويله: فقال بعضهم: أراد به ما يقع السكر عنده، كما لا يسمى قاتلاً إلاَّ مع وجود[1] القتل. وقال آخرون: أراد به جنس ما يسكر.

وقد روى أبو عون الثقفي، عن عبد الله بن شداد، عن ابن عباس قال: (حرمت الخمرة بعينها: القليل منها والكثير، والسكر من كل شراب)[2]. ففي هذا الحديث: أن غير المخمر[3] لم يحرم عينه، كما حرمت الخمرة بعينها.

[٢٠٦٢] في لبس الخز الذي بعضه حرير[4]:

قال أبو حنيفة: لا بأس بلبس[5] ما كان سداه حرير، ولحمته غير ذلك[6]، (وأكره ما كان سداه بحرير ولحمته حرير)[7].

وروى إسماعيل بن سالم، عن محمد بن الحسن قال: لا نرى بلبس الحرير بأساً ما لم تكن فيه شهرة، فإذا كانت فيه شهرة، فلا خير فيه.

وقال ابن وهب وابن القاسم عن مالك: أكره لبس الخز؛ لأن سداه حرير.

وأباح الشافعي لبس قباء محشو بقز؛ لأن القز باطن.

قال أبو جعفر: قد أجمعوا على نهي رسول الله ﷺ عن لباس الحرير[8].

---

(١) في (م): (القتل الموجود).
(٢) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ٢١٤.
(٣) في (م): (الخمر).
(٤) انظر: المختصر، ص ٤٣٧، ٤٣٨.
(٥) في (م) زيادة: (الحرير).
(٦) في (م): (حرير).
(٧) ما بين القوسين ساقطة من (م).
(٨) أخرجه الطحاوي من حديث عمرو، وعلي رضي الله عنهما، ٤/ ٢٤٤؛ وغيرهما، والبيهقي في السنن الكبرىٰ، ٣/ ٢٦٩.

وروت أسماء بنت أبي بكر (أن جبة رسول الله ﷺ كانت مكفوفة الجيب والكمين، والفرج بالديباج)(١).

فاحتمل أن يكون كان يلبسها في الحرب للحاجة إليها، ولا دلالة فيه على جواز لبسها في غير الحرب.

وروى الشعبي عن سويد بن غفلة: أن عمر بن الخطاب قال: (نهى رسول الله ﷺ عن لبس الحرير إلاَّ موضع إصبعين)(٢).

وروى خصيف، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: (إنما نهى رسول الله ﷺ عن الثوب المصمت، فأما السدى، والعلم فلا يعني من الحرير)(٣).

قال الشعبي: رأيت علىٰ الحسين بن عليّ عليهما السلام جبة خز.

وقال بشر بن سعيد قال: رأيت علىٰ سعد بن أبي وقاص جبة شامية قيامها خز. ورأيت على زيد بن ثابت خمائص معلمة.

قال وهب بن كيسان: رأيت سعد بن أبي وقاص، وجابر بن عبد الله وأبا هريرة، وأنس بن مالك، يلبَسون الخز.

وقال عروة: كست عائشة عبد الله بن الزبير مُطْرَف خزّ(٤).

فهؤلاء أصحاب النبي ﷺ قد لبسوا الخز.

[٥٩/أ] فإن قيل: إن هذا كان خزاً لا حرير [فيه]. /

قيل له: قد روى صفوان بن عبد الله أن سعداً استأذن على ابن عامر وتحته مرافق من حرير، فأمر بها فرفعت، فدخل سعد، وعليه مُطْرَف شطره حرير، فقال

---

(١) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٣/ ٢٥٥.
(٢) معاني الآثار، ٤/ ٢٤٤.
(٣) معاني الآثار، ٤/ ٢٥٥.
(٤) انظر الآثار، في معاني الآثار، ٤/ ٢٥٥، ٢٥٦.

له ابن عامر: يا أبا إسحاق استأذنت عليّ وتحتي مرافق حرير، فأمرت بها فرفعت؟ فقال: نعم الرجل أنت يا ابن عامر، إن لم تكن من الذي قال الله تعالىٰ: ﴿أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَٰتِكُمْ فِى حَيَاتِكُمُ ٱلدُّنْيَا وَٱسْتَمْتَعْتُم بِهَا﴾ [الأحقاف/ ٢٠] لأن أضطجع على جمر الغضا أحب إليّ من أن أضطجع على مرافق حرير. فقال له: فهذا عليك مُطرف شطره خز، وشطره حرير! / قال: إنما يلي جلدي منه الخز.

وروى عمار بن أبـي عمار: أن مروان قدمت عليه مطارف خز، فكساها أصحاب النبـي ﷺ، وكأني أنظر إلى أبـي هريرة عليه منها مطرف أغبر فكأني أنظر إلى طرائق الإبريسيم فيه[١].

فدل: على أن الخز الذي لبسوه، هو الذي فيه الحرير[٢].

● ● ●

---

(١) انظر: المصدر نفسه.

(٢) في (م): زيادة (آخر الطعام والشراب).

كتاب الكراهة

[٢٠٦٣] في المكروه من التصاوير[١]:

قال أبو حنيفة رحمه الله: يكره التصاوير في البيوت بتمثال، ولا يكره ذلك في البساط، ولم يذكر خلافاً.

قال: وقولهم الذي لا يختلفون فيه: أن التصاوير في الستور المعلقة مكروه، وكذلك ما كان خرطاً أو نقشاً في البناء.

وقال ابن القاسم: كان مالك يكره التماثيل في الأسِرّة، والقباب، وأما البساط والوسائد والثياب، فلا بأس به؛ لأنه يمتهن. وكره أن يصلي إلى قبة فيها تماثيل.

وقال الثوري: لا بأس بالصور في الوسائد؛ لأنها توطأ وتجلس عليها.

وكره الحسن بن حي: أن يدخل بيتاً فيه تمثال، أو تماثيل كنيسة أو غير ذلك، وكان لا يرى بأساً بالصلاة في الكنيسة والبيعة.

وكره الليث: التماثيل التي تكون في البيوت والأسرة والقباب والطساس، والمنارات، إلاَّ ما كان رقماً في ثوب.

وقال المزني عن الشافعي: وإن دعي رجل إلى عُرس فرأى صوراً ذات أرواح، لم يدخل إن كانت منصوبة، وإن كانت توطأ فلا بأس، وإن كان صور الشجر فلا بأس.

---

(١) انظر: المختصر، ص ٤٣٠؛ المزني، ص ١٨٤.

روى علي، وابن عباس، وأسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال: (إن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه صورة)[1].

وروى الزهري، عن القاسم، عن عائشة قالت: دخل عليّ رسول الله ﷺ وأنا مستترة بقرام فيه صور، فهتكه ثم قال: (إن أشد الناس عذاباً يوم القيامة الذين يشبهون بخلق الله تعالىٰ)[2].

قال أبو جعفر: عمومه يقتضي الرقم والنحت وغيره.

وروى عبد الرحمن بن القاسم، عن أمه أسماء بنت عبد الرحمن عن عائشة قالت: قدم رسول الله ﷺ من سفر وعندي نمط / فيه صورة، فوضعته على سهوتي، فأخذه رسول الله ﷺ فاجتبذه وقال: لا تستري الجدار، قالت: فصنعته وسادتين. فرأيت رسول الله ﷺ يرتفق عليهما)[3]. /

[٥٩/ب] [٣٥٣]

وروى القاسم بن محمد، عن عائشة نحو ذلك.

فدل على كراهة التماثيل: ما كان منها رقماً أو نحتاً، وعلى أنه لا يكره في الوسائد والبسط.

وروى عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، قال: (اشتكى أبو طلحة بن سهل، فقال لي عثمان بن حنيف: هل لك في أبي طلحة نعوده؟ فقلت: نعم، فجئناه

---

(١) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ٢٨٢.
وأخرجه أبو داود في الطهارة، الجنب يؤخر الغسل، (٢٢٧)، وفي اللباس، (٤١٥٢)، والنسائي، ١/ ١٤١.
والبخاري: (عن ابن عباس عن أبي طلحة) في اللباس، التصاوير، (٥٩٤٩).

(٢) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ٢٨٣.

(٣) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ٢٨٣، ٢٨٤؛ الحديثان أخرجهما الشيخان بألفاظ مختلفة؛ البخاري، في اللباس، ما وطىء من التصاوير، (٥٩٥٤). وباب من لم يدخل بيتاً فيه صورة، (٥٩٦١)؛ ومسلم في اللباس، تحريم صورة الحيوان، (٢١٠٥)، ومالك في الموطأ، ٢/ ٩٦٦، ٩٦٧؛ انظر بالتفصيل، جامع الأصول، ٤/ ٧٩٥.

فدخلنا عليه، وتحته نمط فيه صورة، فقال: ابعدوا هذا النمط عني، فقال له عثمان بن حنيف: أو ما سمعت يا أبا طلحة رسول الله ﷺ: حين نهى عن الصورة، فقال: إلاَّ رقماً في ثوب، أو ثوباً فيه رقم؟ قال: بلىٰ ولكنه أطيب لنفسي، فأميطوه عني)[1].

قال أبو جعفر: فيحمل هذا الحديث على أنه رقم في ثوب يوطأ ويمتهن كالوسائد والبسط.

[٢٠٦٤] في شعر الخنزير للخرازين[2]:

قال أصحابنا: لا ينتفع من الخنزير بشيء، ولا يجوز بيع شيء منه، ويجوز للخرازين أن ينتفعوا بشعرة وبشعرتين للخرز، وكره أبو يوسف الخرز به.

وقال الأوزاعي: لا بأس بأن يخاط بشعر الخنزير، ويجوز للخراز أن يشتريه ولا يبيعه.

وقال المزني: خالف الشافعي المدنيين والكوفيين في الانتفاع بشعر الخنزير، فقال: لا ينتفع بشيء منه.

قال أبو جعفر: الخنزير محرم العين، لا يجوز الانتفاع به في حياته ولا بعد موته، ألا ترى أنه لا ينتفع بجلده (وإن[3] دبغ، وكذلك) شعره.

---

(١) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/٢٨٥؛ ومالك في الموطأ، ٢/٩٦٦؛ والترمذي، في اللباس، ما جاء في الصور، (١٧٥٠)؛ والنسائي في الزينة، ٨/٢١٢.
ومن طريق زيد بن خالد الجهني أخرجه البخاري، في اللباس، من كره القعود على التصاوير، (٥٩٥٨) ومسلم، في اللباس، تحريم صورة الحيوان، (٢١٠٦).

(٢) انظر: المختصر، ص ٤٤٠.

(٣) في م: (إذا دبغ فكذلك...).

[٢٠٦٥] (في إحفاف الشارب)[1]:

قال أبو جعفر: أما أبو حنيفة وزفر، وأبو يوسف، ومحمد: فكان مذهبهم في شعر الرأس والشارب أن الإحفاء أفضل من التقصير عنه، وإن كان معه حلق بعض الشعر.

وقال ابن القاسم عن مالك: قال إحفاء الشارب عندي مثلة. قال مالك: وتفسير حديث النبي ﷺ في إحفاف الشارب الإطار، وكان يكره أن يؤخذ من أعلاه، وإنما كان يوسع ذا الإطار منه فقط. وذكر عنه أشهب قال: سألت مالكاً عمن أحفىٰ شاربه؟ فقال: أرى أن يوجع ضرباً، ليس حديث النبي ﷺ في الإحفاء، كان يبدي حروف الشفتين الإطار، ثم قال: لمن يحلق شاربه: هذه بدع فظهر في الناس[2]. كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذا أكربه أمر نفخ، فجعل رجل يراده، وهو يفتل شاربه[2].

وسئل الأوزاعي عن الرجل يحلق رأسه؟ فقال: أما في الحضر فلا يعرف إلاَّ يوم النحر، وهو في الغزو، وكان عنده ابن أبي لبابة، / فذكر فيه فضلاً عظيماً. [٣٥٤]

وقال الليث: لا أحب أن يحلق شاربه جداً، حتى يبلغ الجلد وأكرهه، ولكن يقص الذي / على طرف الشارب، وأكره أن يكون طويل الشاربين. [٦٠/أ]

وقال إسحاق بن أبي إسرائيل سألت عبد المجيد بن عبد العزيز بن أبي رَوّاد عن حلق الرأس، فقال: أما بمكة فلا بأس به، لأنه بلد الحلق، وأما في غيره في البلدان فلا.

قال أبو جعفر: لم نجد عن الشافعي في ذلك شيئاً منصوصاً، وأصحابه

---

(١) انظر: معاني الآثار، ٤/٢٢٩، ٢٣٠.
(٢) المنتقى شرح الموطأ، ٧/٢٦٦.

الذين رأيناهم: المزني، والربيع، يحفان شواربهما، فدل على أنهما أخذا ذلك عن الشافعي.

وقد روت عائشة وأبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: (الفطرة عشر: منها قص الشارب)[1].

(وروى المغيرة بن شعبة أن رسول الله ﷺ أخذ من شاربه على سواك)[2]. وذلك مما لا يكون معه إحفاء، وهذا يحتمل أن يكون إنما فعل ذلك؛ لأنه لم يقدر بما كان معه مما يأخذ به غير ما فعل، فترك حلقه لعدم الآلة التي يكون بها الحلق في الوقت.

وروى عكرمة عن ابن عباس قال: (كان رسول الله ﷺ يجز شاربه)[3]. وهذا يحتمل أن يكون على الجز الذي معه الإحفاء.

وروى عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال (جزوا الشوارب، وارخوا اللحىٰ)[4]. هذا يحتمل الإحفاء أيضاً.

وروى العلاء بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ: قال: (جزوا الشوارب، وأرخوا اللحى)[5] وهذا يحتمل أيضاً.

وروى عمر بن أبي سلمة، عن أبيه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: (احفوا الشوارب، واعفوا اللحىٰ)[5]. فدل به على المراد بالجز.

---

(١) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ٢٢٩؛ والبخاري، في اللباس، قص الشارب، (٥٨٨٩)؛ ومسلم، في الطهارة، خصال الفطرة، (٢٦١).

(٢) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ٢٣٠.

(٣) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ٢٣٠.

(٤) رواية الطحاوي بلفظ (احفوا الشوارب، وأعفوا اللحىٰ)، ٤/ ٢٣٠؛ البخاري في اللباس، إعفاء اللحية، (٥٨٩٣)؛ ومسلم، في الطهارة، خصال الفطرة، (٢٥٩).

(٥) معاني الآثار، ٤/ ٢٣٠.
وأخرجه مسلم في الطهارة، خصال الفطرة، (٢٦٠).

وقد روي عن أبي سعيد الخدري، وأبي أسيد، ورافع بن خديج، وسهل بن سعد، وعبد الله بن عمر، وجابر بن عبد الله، وأبي هريرة: أنهم كانوا يحفون شواربهم[1].

وقال إبراهيم بن محمد بن حاطب: رأيت ابن عمر يحفي شاربه، كأنه ينتفه. وقال بعضهم: حتى يرى بياض الجلد.

ولما كان التقصير مسنوناً في الشارب عند الجميع، كان الحلق أفضل كالرأس. وقال النبي ﷺ: (رحم الله المحلقين ثلاثاً)[2]، فجعل حلق الرأس أفضل من تقصيره.

وما احتج به مالك: أن عمر كان يفتل شاربه إذا غضب، فجائز أن يكون كان يتركه حتى يمكن فتله ثم يحلقه، كما يرى كثيراً من الناس يفعله.

[٢٠٦٦] في تهنئة العيد:

عبد الله بن يوسف قال: سألت مالكاً عن قول الناس في الفطر والأضحىٰ: قبل الله منا ومنكم؟ قال: ذلك من فعل الأعاجم، وكرهه.

وقال عمر سئل الأوزاعي عن تلاقي الناس في العيدين بالتحية والدعاء؟ فقال: التحية بالسلام حسن، وتلاقيهم بالدعاء محدث.

وقال عمرو بن خالد: كنا نأتي الليث بن سعد في الفطر والأضحى، فتقول: قبّل الله منك ومنا يا أبا الحارث! فيقول: ومنكم ومنكم.

وذكر ابن وهب عن الليث: [أنه] لا بأس بذلك.

---

(١) معاني الآثار، ٤/٢٣١؛ السنن الكبرى، ١/١٥١.

(٢) أخرجه الشيخان من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: البخاري، في الحج، الحلق والتقصير عند الإحلال، (١٧٢٧)؛ ومسلم، في الحج، تفضيل الحلق على التقصير، (١٣٠١).

وقال يحيى بن عثمان / سألت الحارث بن مسكين عن ذلك؟ فقال: [٦٠/ب] لم تزل الأشياخ بمصر يقول ذلك، ولكن هؤلاء الذين يقولون سنين كثيرة لا يريدون أن يموتوا.

قال أبو جعفر: وحدثنا يحيى بن عثمان، قال حدثنا نعيم، قال حدثنا محمد بن حرب، عن محمد بن زياد الألهاني قال: كنا نأتي أبا أمامة، وواثلة بن الأسقع في الفطر والأضحىٰ، ونقول لهما: قبّل الله منا ومنكم! فيقولان: ومنكم ومنكم. ولا يعلم عن أحد من الصحابة في ذلك كراهة ولا إباحة، غير ما روي عن أبي أمامة وواثلة.

وروى أبو عوانة، عن ابن عون قال: قلت للحسن في قول الناس في العيدين: تقبّل الله منا ومنكم؟ فقال محدث.

وذكر عبد الرحمن بن مهدي: أن هذا من كلام ابن عون.

وقد روى حماد بن سلمة عن أيوب قال: كنا نأتي محمد بن سيرين والحسن في الفطر والأضحى، فنقول لهما: قبل الله منا ومنكم، فيقولان: ومنكم ولما اتفقوا على أنه جائز لمن يريد ذبح الأضحية أن يقول: (اللهم تقبل مني)[1] جاز لغيره أن يدعو له بذلك، وكذلك لا يختلفون في أنه جائز، أن يقول للقادم من الحج: قبّل الله حجّك، فجاز مثله في العيدين.

وقد كان بكار بن قتيبة، والمزني، وأبو جعفر بن أبي عمران، ويونس بن عبد الأعلى يهنئون بالعيد، فيردون مثله على الداعي لهم.

---

(١) كما أخرج مسلم من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها (في الأضحية): أن رسول الله ﷺ أمر بكبش أقرن... وأخذ الكبش فأضجعه ثم ذبحه ثم قال (باسم الله، اللهم تقبّل من محمد وآل محمد ومن أمة محمد) ثم ضحى، في الأضاحي، استحباب الضحية، (١٩٦٧).

[٢٠٦٧] في الصلاة في السبخة[1]:

أبو حنيفة وأصحابه، ومالك، والليث: لا يجوّزون الصلاة في السبخة.

وذكر الليث: أن بعض الناس يكرهها.

وقال النبي ﷺ: (جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً)[2]. ويشبه أن يكون من كرهها إنما كرهها؛ لأن المصلِّي لا يتمكن من السجود عليها، للتهاون بما لم يوجد فكره ذلك، كما (نهى النبي ﷺ / عن الصلاة في أعطان الإبل)[3] [٣٥٦] للخوف من جنايتها.

[٢٠٦٨] في الصلاة بين أشفاع القنوت في رمضان[4]:

قال مالك: لا بأس بذلك، وما علمت أن أحداً كرهه، وعن الشافعي مثل ذلك.

وكره قوم من أهل الحديث ذلك منهم: ابن حنبل ذكر عنه الأثرم: أن أحمد بن حنبل كره الصلاة بين التراويح، فذكر له في ذلك رخصة عن بعض الصحابة، فقال: هذا باطل، إنما فيه رخصة عن الحسن، وسعيد بن جبير، وإبراهيم، قال: وفيه عن ثلاثة من أصحاب النبي ﷺ كراهة: عبادة بن الصامت، وعقبة بن عامر، وأبي الدرداء[5].

---

(١) السبخة: يقال أرض سبخة ـ بكسر الباء ـ أي كانت ذات نزّ وفلح. انظر المختار، المعجم الوسيط (سبخ).

(٢) أخرجه الشيخان من حديث جابر رضي الله عنه: البخاري، في التيمم، (٣٣٥)؛ مسلم، في المساجد، (٥٢١).

(٣) أخرجه مسلم ـ من حديث جابر بن سمرة ـ وغيره، في الحيض، الوضوء من لحوم الإبل، (٤٩٥). وأخرجه الطحاوي عن ابن عمر: معاني الآثار، ١/ ٣٨٣. انظر بالتفصيل: الهداية في تخريج البداية، ١/ ٤١١.

(٤) انظر: المغني، ٢/ ١٢٥.

(٥) ذكره ابن قدامة بلفظه في المغني ٢/ ١٢٥.

قال أبو جعفر: وروي عن عامر بن عبد الله بن الزبير، وأبي بكر بن حزم، ويحيى بن سعيد، أنهم كانوا يصلون بين الأشفاع، والأولىٰ أن لا يزاد في التراويح، شيء في حال ما يصلي، كما لا ينقص منه؛ لئلا يختلط بها. كما كره النبي ﷺ أن يصلِّي ركعتي الفجر بعدما أقيمت الصلاة)[1]؛ لئلا يختلط التطوع بالفرض.

[٢٠٦٩] في الصلاة بين أذان المغرب وإقامته[2]:

قال أبو جعفر: لا خلاف بين فقهاء الأمصار: أنه لا يصلىٰ.

وقال أحمد بن حنبل في الركعتين قبل المغرب أحاديث جياد عن النبي ﷺ: (فمن شاء صلَّى بين الأذان والإقامة).

قال: وإن صلَّى إذا غربت الشمس وحلت الصلاة، فهو جائز.

قال أبو جعفر: روى كهمس بن الحسن، والجريري، عن عبد الله بن بريدة، قال حدثنا: عبد الله بن [مغفل][3] المزني قال: قال رسول الله ﷺ: (بين كل أذانين صلاة، بين كل أذانين صلاة، بين كل أذانين صلاة لمن شاء)[4].

وروى حسين[5] المعلم، عن عبد الله بن بريدة عن عبد الله بن المغفل أن رسول الله ﷺ قال: (صلوا قبل صلاة المغرب ركعتين، ثم قال: صلوا قبل صلاة

---

(١) كما أخرجه مسلم ــ وغيره ــ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، في المسافرين كراهية الشروع في نافلة، (٧١٠): (إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلاَّ المكتوبة) وأبو داود، في الصلاة، إذا أدرك الإمام ولم يصل ركعتي الفجر، (١٢٦٦)؛ وغيرها من أصحاب السنن. انظر: الهداية، ١٦٨/٤.

(٢) انظر: المغني، ٩٦/٢.

(٣) في النسختين (المغفل) بالتعريف، وفي كتب السنن والتراجم بالتنكير كما أثبتّه.

(٤) أخرجه البخاري، في الأذان، بين كل أذانين صلاة، (٦٢٧)؛ ومسلم، في صلاة المسافرين، بين كل أذانين صلاة، (٨٣٨).

(٥) في رواية البخاري وأبي داود بالتعريف (الحسين)، وكذا في التقريب، ص ١٦٦.

المغرب ركعتين، ثم قال عند الثالثة: لمن شاء، كراهة أن يحسبها الناس سنة)[1].

فاختلف كهمس، والجريري، وحسين المعلم، في متن الحديث، فإن حمل على أن رواية الاثنين [كان] أولىٰ [من رواية الواحد][2]، سقط لفظ حديث حسين المعلم، وإن تكافيا لم يكن أحدهما أولىٰ من الآخر، ولم تثبت الزيادة التي في حديث حسين المعلم، إذ كانت رواية غيره تخالفها.

[٣٥٧] وقد روي عن أنس قال: (رآنا رسول الله ﷺ / نصلِّي قبل المغرب ركعتين، فلم يأمرنا ولم ينهنا)[3].

وروى شعبة عن عمرو بن عامر الأنصاري قال: (سمعت أنساً يقول: كان إذا نوى إلى المغرب، قال: (كنا نرى) أصحاب رسول الله ﷺ يبتدرون السواري، يصلون ركعتين ركعتين)[4].

وقد روى عاصم بن بهدلة عن زر عن أبي بن كعب، وعبد الرحمن بن عوف أنهما كانا يصليان ركعتين قبل المغرب.

وروى [شعبة][5] عن قتادة، قال: قلت لسعيد بن المسيب، إن أبا سعيد الخدري كان يصلِّي الركعتين قبل المغرب؟ فقال: كان ينهى عنهما ولم أدرك أحداً من أصحاب رسول الله ﷺ يصليها غير سعد بن مالك.

---

(١) أخرجه البخاري، في الاعتصام، نهي النبي ﷺ على التحريم، إلاَّ ما تعرف إباحته، (٧٣٦٨)؛ ولفظه بآخره. . . (خشية أن يتخذها الناس سنة)، وكذا في أبي داود، في الصلاة، الصلاة قبل المغرب، (١٢٨١).

(٢) في الأصل: (رواية الاثنين أولىٰ رواية من الواحد)، والمثبت من (م).

(٣) أخرجه مسلم، في صلاة المسافرين، استحباب ركعتين قبل صلاة المغرب، (٨٣٦)؛ وأبو داود، (١٢٨١).

(٤) أخرجه البخاري، في الأذان، كم بين الأذان والإقامة، (٦٢٥)؛ ومسلم (بطريق آخر عنه) في صلاة المسافرين، استحباب ركعتين قبل صلاة المغرب، (٨٣٦).

(٥) في الأصل: (سعيد)؛ والمثبت من (م).

وروى المغيرة عن إبراهيم: الركعتان قبل المغرب بدعة.

[٢٠٧٠] في رد العطاس[1][2]:

قال أبو جعفر: الذين شاهدناهم من أصحاب أبي حنيفة كان إذا عطس أحدهم فقال له: يرحمكم الله، ويقول هو: يغفر الله لكم. ومن خالفهم يقول: يهديكم الله ويصلح بالكم.

وقال إبراهيم النخعي: يهديكم الله ويصلح بالكم عند العطاس شيء قالته الخوارج؛ لأنهم لا يستغفرون للناس[3].

وروى أبو بردة بن أبي موسىٰ عن أبيه: (أن اليهود كانوا يتعاطسون عند النبي ﷺ؛ رجاء أن يقول: يرحمكم الله، فكان يقول: يهديكم الله ويصلح بالكم)[4].

وروى سالم بن عبيد أن النبي ﷺ قال: (إذا عطس أحدكم / فليقل: [٦١/ب] الحمد لله رب العالمين، أو على كل حال، وليردوا عليه: يغفر الله لكم)[5].

وروى عبد الله بن دينار، عن أبي صالح السمان، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: (إذا عطس أحدكم فليقل: الحمد لله، وليقل له أخوه أو صاحبه: يرحمكم الله، وليقل: يهديكم الله ويصلح بالكم)[6].

---

(١) في (م): (في الرد على العاطس).

(٢) انظر: معاني الآثار، ٤/ ٣٠١؛ وما بعدها.

(٣) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ٣٠٢.

(٤) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/ ٣٠٢.

(٥) الطحاوي في معاني الآثار، ٤/ ٣٠١؛ وأبو داود في الأدب، ما جاء في تشميت العاطس، (٥٠٣١)؛ الترمذي، (٢٧٤٠). النسائي في عمل اليوم والليلة، ص ٢٤١.

(٦) الطحاوي في معاني الآثار، ٤/ ٣٠٢، ٣٠٣؛ والبخاري في الأدب، إذا عطس كيف يشمت، (٦٢٢٤)؛ وأبو داود، (٥٠٣٣)؛ والترمذي، (٢٧٣٩)؛ والنسائي في عمل اليوم والليلة، ص ٢٤٣.

وروت عمرة عن عائشة قالت: عطس رجل عند رسول الله ﷺ فقال: ماذا أقول يا رسول الله؟ قال: (الحمد لله)، قال القوم: ما نقول له يا رسول الله؟ قال: (قولوا: يرحمك الله)، قال: ماذا أقول لهم؟ قال: قل (يهديكم الله ويصلح بالكم)[1].

وروى عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ عن أبي أيوب الأنصاري قال: قال رسول الله ﷺ: (إذا عطس أحدكم فليقل: الحمد لله رب العالمين، وليقل له أخوه أو صاحبه: يرحمكم الله، وليقل: يهديكم الله ويصلح بالكم)[2].

قال أبو جعفر: قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ﴾ [النساء/ ٨٦]. فإذا قال جواب قوله يرحمكم الله: يغفر الله لكم، فقد ردّ عليه مثل ما حيّاه، وإذا قال: يهديكم الله ويصلح بالكم: حيّاه بأحسن مما حيّاه فكان متجاوزاً له في الفضل؛ لأن المغفرة: إنما هي ستر الذنوب، والرحمة: ترك العقاب عليها، ومن حصلت له الهداية، وكان مهدياً، كان بعيداً من الذنوب، ومن أصلح باله فحاله فوق حال المغفور له، فكان ذلك أولىٰ.

[٢٠٧١] في نقش المساجد[3]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: لا بأس بأن ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب.

وكره ذلك مالك، وقال: قد كره الناس ذلك في مسجد النبي ﷺ؛ لأنه يشغل المصلي، وقد بلغني أن عمر بن عبد العزيز أراد نزعه، فقيل له: لا يخرج منه كبير شيء من الذهب، فتركه[4].

(١) الطحاوي في معاني الآثار، ٤/ ٣٠١.
(٢) الطحاوي في معاني الآثار، ٤/ ٣٠٢.
(٣) انظر: المختصر، ص ٤٣١؛ المدونة، ١/ ١٠٩.
(٤) المدونة، ١/ ١٠٩.

وقال محمد بن عبد الوهاب: سألت الثوري أتكره النقش في المسجد؟ فقال: نعم، قلت: السقف وكل شيء؟ قال: نعم، إنما زين المسجد وعمارته: ذكر الله تعالىٰ.

قال أبو جعفر: لا يختلفون في إباحة تخليق المساجد وإن كان الرجل منهياً عن تخليق بدنه، كما هو منهي عن لبس الذهب، كذلك يجوز نقش المسجد بالذهب، وإن حرم على الرجل لبسه، إلاَّ أنه يكره ما يلهي المصلِّي، كما يكره من الخلوق ما يلهي.

وأما عمر بن عبد العزيز، فإنه ظن أن الذهب الذي فيه، إذا أخذ صرف في منافع المسلمين، فقيل له: لا يخرج منه [شيء][1] فتركه.

[٢٠٧٢] في قطع السدر:

قال أبو حنيفة والثوري: لا بأس بقطع السدر، وكرهه قوم ونهوا عنه إلاَّ ما كان في زرع مفسد له، فإنهم أباحوه.

وروى ابن جريج عن عثمان بن أبي سليمان / عن سعيد بن محمد بن جبير بن مطعم، عن عبد الله بن حُبْشي قال: قال رسول الله ﷺ: (من قطع سدرة صوّب الله رأسه في النار)[2]. [٦٢/أ]

وسعيد بن محمد: هذا ليس بمشهور في العلم، ولا يدرىٰ هل لقي عبد الله بن حُبْشي أو لم يلقه، فلم يثبت بهذا الإسناد حجة.

وقد روى محمد بن شريك، عن عمرو بن دينار، عن عمرو بن أوس، عن عروة بن الزبير، عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: (إن الذين يقطعون السدر،

---

(١) الزيادة من (م).

(٢) أخرجه أبو داود، في الأدب، قطع السدر، (٥٢٣٩)؛ والبيهقي في السنن الكبرى، ٦/ ١٣٩؛ ورواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات كما في المجمع، ٣/ ٢٨٤.

يصبون في النار على رؤوسهم صباً)[1]، فهذا الإسناد أحسن من الأول، إلاَّ أن أبا أسامة رواه عن ابن جريج، عن عمرو بن دينار، عن عروة من قوله غير مرفوع.

ورواه إبراهيم بن يزيد، عن عمرو بن دينار، عن عمرو بن أوس قال: (أدركت شيخاً من ثقيف قد أفسد السدر زرعه، فقلت ألا تقطعه، فإن رسول الله ﷺ قال: إلاَّ من زرع، قال: أنا سمعت رسول الله ﷺ يقول: ألا من قطع السدر إلاَّ من زرع صبّ الله عليه العذاب صبّاً، وأنا أكره أن أقطعه من الزرع ومن غيره)[2].

وروى محمد بن مسلم الطائفي، عن عمرو بن دينار، عن رجل من ثقيف سمع ابن الزبير يقول: (من قطع السدر صبّ الله عليه العذاب صبّاً). فهذا الاضطراب في إسناد هذا الحديث يسقطه.

وقد روى هشام عن عروة عن أبيه أنه كان يقطع السدر يجعله أبواباً[3].

وقد قال الله تعالى: ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ ٱللَّهِ﴾ [الحشر/ ٥]، فأباح قطع النخل.

وروى أنس: (أن موضع مسجد رسول الله ﷺ كان قبور المشركين وكان فيه حرث ونخل، فأمر رسول الله ﷺ بقبور المشركين فنبشت، وبالحرث فسويت، وأمر بالنخل فقطع)[4].

فإذا جاز قطع النخل مع ما فيه من المنافع في ثمرته، فالسدر أولىٰ بذلك.

آخر كتاب الكراهة

• • •

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى مرفوعاً ومرسلاً، ٦/ ١٣٩، ١٤٠.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ٦/ ١٤٠؛ ولفظه: (صب عليه العذاب).

(٣) السنن الكبرىٰ، ٦/ ١٤٠.

(٤) أخرجه البخاري في الصلاة، هل تنبش قبور مشركي الجاهلية، (٤٢٨)؛ ومسلم، في المساجد، ابتناء مسجد النبي ﷺ، (٥٢٤).

كتاب الزيادات

[٢٠٧٣] في تارك الصلاة عامداً:

قال أبو حنيفة وأصحابه: من ترك من المسلمين الصلاة على غير جحودها، لم يكن بذلك مرتداً، وكان مأخوذاً بها حتى يصليها.

وقال بعض حفاظ قول مالك: إن من مذهب مالك أن من ترك صلاة متعمداً لغير عذر، حتى خرج وقتها، فهو مرتد ويقتل، إلاَّ أن يصليها، وهو قول الشافعي.

روى الأعمش، عن أبي سفيان، عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: (بين العبد وبين الكفر أو الشرك، ترك الصلاة)[1].

وروى أبو الزبير، عن جابر، عن النبي ﷺ مثله.

وهذا يحتمل: تركها على وجه الجحود.

وروى عيسى بن هلال الصَّدفي، عن عبد الله بن عمرو، أن رسول الله ﷺ قال: (من حافظ على هؤلاء الصلوات المكتوبة، كانت له نوراً وبرهاناً / ونجاة [٦٢/ب] من النار، ومن لم يحافظ عليهن لم تكن له نوراً ولا برهاناً ولا نجاة، وكان يوم

---

(١) الحديث أخرجه بلفظه عن جابر رضي الله عنه البيهقي في السنن الكبرىٰ، ٣/٣٦٦.
وأخرج مسلم بسنده عنه بلفظ (بين الرجل وبين الشرك والكفر ترك الصلاة) في الإيمان، بيان إطلاق اسم الكفر على من ترك الصلاة، (٨٢).

القيامة مع فرعون وهامان وقارون وأُبَـيّ، صاحب العظام)[1].

وهذا أيضاً يحتمل تركها على وجه الجحود؛ لأن فرعون ومن ذكر كانوا يتركونها على وجه الجحود.

وقد روى مالك عن يحيـى بن سعيد، عن محمد بن يحيـى بن حبّان، عن ابن محيريز، عن عبادة بن الصامت قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (خمس صلوات كتبهن الله على العباد، فمن جاء بهن، لم يضيع منهن شيئاً استخفافاً بحقهن، كان له عند الله عهد أن يدخله الجنة، ومن لم يأت بهن، فليس له عند الله عهد، إن شاء عذّبه، وإن شاء أدخله الجنة)[2].

فدل على أنه ليس بكافر؛ لأن الكافر لا يدخل الجنة بحال.

ولم يختلفوا أن تارك صوم رمضان من غير عذر، ليس بكافر، كذلك تارك الصلاة، وأيضاً لا يختلفون أن تارك الصلاة مأمور بفعلها، والمرتد لا يؤمر بفعل الصلاة، إنما يؤمر بالإسلام ثم بالصلاة.

[٢٠٧٤] في سجود السهو لما ترك عمداً[3]:

قال أبو حنيفة وأصحابه: لا يجب بترك شيء من الصلاة عمداً سجود السهو.

وقال المزني عن الشافعي في جامعه قال: وأرى أن كل ما لو فعله ساهياً وجب عليه سجود السهو، فإذا فعل عامداً سجد فيه.

---

(١) أورده الهيثمي بلفظ (أبـيّ بـن خلـف)، وقـال: «رواه أحمـد، والطبـراني فـي الكبيـر والأوسط، ورجال أحمد ثقات». مجمع الزوائد، ١/ ٢٩٢؛ وأورده التبريزي في المشكاة بلفظ (أبي بن خلف) كالهيثمي، (٥٧٨).

(٢) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، ١/ ١٢٣؛ وأبو داود، في الصلاة، فيمن لم يوتر (١٤٢٠) والنسـائي، فـي الصـلاة، المحـافظـة علـى الصلـوات، ١/ ٢٣٠؛ ابـن مـاجـه (١٤٠١).

(٣) انظر: المغني، ٢/ ٣، ٤.

قال أبو جعفر: ولم نجد هذا القول عن أحد من أهل العلم سواه.

وقال مالك: فيمن ترك القعود الأول من صلاته متعمداً، فسدت عليه صلاته.

قال أبو جعفر: ما لا تفسد الصلاة بتركه ساهياً، وكذلك عامداً، كسائر أفعال الصلاة.

وأما سجود السهو في العمد: فروى زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: (إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى: ثلاثاً أو أربعاً، فليقم فليصل ركعة، ثم يسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم، فإن كانت الركعة التي صلى خامسة شفعها بهاتين السجدتين، وإن كانت رابعة فالسجدتان ترغيم للشيطان).

وكذلك رواه زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبي سعيد الخدري، عن النبي ﷺ مثله[1].

فلما جعل السجدتين ترغيماً للشيطان لأجل النسيان الذي لحقه من أجله والعمد ليس فيه هذا المعنىٰ، إذا لم يكن للشيطان سبب في تركه لم تجب فيه سجود.

[٢٠٧٥] في البكاء في الصلاة:

قال أبو حنيفة وأصحابه: إن كان من خوف الله لم يقطعها، وإن كان من وجع قطعها.

وقال عبيد الله بن الحسن: إذا اشتد كأنه قد عمل في غير الصلاة، / ولما [٣٦١] كان قليله إذا كان من خوف الله لا يقطع كذلك كثيره.

(١) أخرجه مسلم ــ وغيره ــ عن أبي سعيد الخدري، ولم أجده عن ابن عباس رضي الله عنهم. مسلم، في المساجد، السهو في الصلاة (٥٧١). وإنما رواه أبو داود بلفظه مرسلاً عن عطاء بن يسار. في الصلاة، إذا شك في الثنتين والثلاث. . . (١٠٢٦).

[٢٠٧٦] [1] [في سماع الخطبة:

قال الحسن بن حي: إذا خطب يوم الجمعة، فلم يسمعها أحد من الحاضرين لم تصح الجمعة، وإن سمعها بعضهم، صحت.

قال أبو جعفر: لم نجد هذا القول عن أحد من أهل العلم غيره؛ لأنهم يقولون: إن الصلاة جائزة سمعت أو لم تسمع، وقد أساء حين لم يجهر بها.

[٢٠٧٧] في التسليمة الأولىٰ في الصلاة[2]:

قال أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي: يخرج بالتسليمة الأولىٰ من الصلاة.

وقال الحسن بن حي: لا يخرج حتى يسلم تسليمتين، قال: ولو سلم المسافر تسليمة ثم نوى الإقامة، قام فأتمها، ولو [سلمهما][3] ثم نوى الإقامة لم يتم.

قال أبو جعفر في حديث عبد الله بن محمد بن عقيل، عن محمد بن الحنفية، عن علي بن أبي طالب عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ: (مفتاح الصلاة الطهور، وإحرامها التكبير، وإحلالها التسليم)[4].

وقد وجد التسليم، يخرج به.

---

(١) من هنا سقطت من نسخة الأصل قدر ورقة، والمثبت من نسخة (م). والساقطة من (٢٠٧٦) إلى جزء من (٢٠٨٠).

(٢) انظر: المختصر، ص ٣٠؛ المزني، ص ١٨؛ الإفصاح، ١/١٣٧. وهو قول الإمام مالك. انظر المدونة، ١/١٤٣.

(٣) في الأصل: (سلمها).

(٤) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ١/٢٧٣؛ وأبو داود في الصلاة، الإمام يحدث بعدما يرفع رأسه (٦١٨). الترمذي، (٣) وقال: «هذا الحديث أصح شيء في هذا الباب وأحسن».
ابن ماجه (٢٧٥).

[٢٠٧٨] في رد السلام:

قال أبو جعفر: حدثنا سليمان عن أبيه عن أبي يوسف: أنه ينكر الحديث الذي روي أنه إذا ردّ السلام بعض القوم أجزأ عن الجميع.

وقال: لا يجزىء إلاّ أن يردوا جميعاً، ولم يذكر خلافاً.

وقال مالك: إذا سلّم الرجل على الجماعة، فرد عليه واحد منهم، أجزأ عنهم، وهو قول الشافعي رضي الله عنه.

قال أبو جعفر: روى ابن وهب، عن مالك، عن زيد بن أسلم أن رسول الله ﷺ قال: (يسلم الراكب على الماشي، وإذا سلم من القوم واحد أجزأ عنهم)[1].

قال أبو جعفر: ولا نعلم في هذا الباب شيئاً روي عن النبي ﷺ غير هذا الحديث، وغير شيء روي فيه عن أبي النضر عن رسول الله ﷺ. وكل هذين الوجهين لا يحتج به.

وما روى من قوله عليه الصلاة والسلام: (وإذا سلم من القوم واحد أجزأ عنهم) فإن السلام خلاف ردّ السلام؛ لأن السلام المبتدأ تطوع، وردّه فريضة.

وقد وجدنا من الفروض ما هو على الكفاية: إذا قام به بعضهم سقط عن الباقين: كصلاة الجماعة في المساجد، وغسل الموتىٰ، ودفنهم، والصلاة عليهم. وليس ردّ السلام من هذا الباب؛ لأنه لو رد غير المسلم/ عليهم، [٣٦٢] لم يسقط ذلك عنهم فرض الرد، وما كان فرضاً على الكفاية من قام به من الناس، سقط عن الباقين.

فدل ذلك على أن رد السلام من الفروض التي يلزم كل إنسان بنفسه.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (مرسلاً)، ٢/ ٩٥٩.

[٢٠٧٩] فيمن حج أعرابياً ثم هاجر:

قال الحسن بن حيّ: إذا حج المملوك أو الصبي أو الأعرابي، ثم عتق المملوك، وأدرك الصبيّ، وهاجر الأعرابي، فعليهم الحج إذا استطاعوا إليه السبيل.

قال أبو جعفر: قوله في الأعرابي: لم نجده عن أحد من أهل العلم سواه، وقول الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران/ ٩٧]. قد دخل فيه الأعرابي وغيره.

ورَوَى في أن حج الأعرابي لا يجزىء: حرامُ بن عثمان حديثاً.

وحرام بن عثمان ليس ممن يكتب حديثه: وسمعت الربيع يقول: سمعت الشافعي يقول: الحديث عن حرام بن عثمان، حرام.

ومع ذلك فقد روى مجاهد، عن طاوس، عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ قال يوم الفتح: (إنه لا هجرة، ولكن جهاد ونية، وإذا سافرتم فانفروا)[١].

وقالت عائشة: إنما كانت الهجرة قبل فتح مكة والنبي ﷺ بالمدينة، يفر الرجل بدينه إلى النبي ﷺ.

فإن قيل: فقد روى أبو إدريس الخولاني، عن عبد الله بن وقدان القرشي ــ وكان مسترضعاً في بني سعد ــ قال: قال رسول الله ﷺ: (لا تنقطع الهجرة ما قوتل الكفار).

ورواه أيضاً عبد الله بن مُحَيْرِيز عن عبد الله السعدي عن النبي ﷺ مثله[٢].

(١) أخرجه الجماعة إلاَّ الموطأ: البخاري، في الجهاد، فضل الجهاد والسير (٢٧٨٣)؛ مسلم، في الإمارة، المبايعة بعد فتح مكة (١٣٥٣). وغيرهما من أصحاب السنن.
(٢) أخرجه النسائي، في البيعة، الاختلاف في انقطاع الهجرة، ٧/ ١٤٦.

قيل له: الهجرة المذكورة في هذه الآثار خلاف الهجرة المذكورة في الآثار الأولىٰ؛ لأن الهجرة في الآثار الأولىٰ إنما هي الهجرة التي يحرم بها على أهلها الرجوع إلى الدار التي هاجروا منها، كما قال النبي ﷺ ـ لسعد حين مرض بمكة ـ فقال: (أتخلف عن هجرتي؟ فقال: لا، لكن البائس سعد بن خولة يرثي له رسول الله ﷺ أن مات بمكة)[1].

وكما روى عن العلاء بن الحضرمي عن النبي ﷺ في المقام بمكة بعد: (بعد [الصدر] للمهاجر أنه ثلاث)[2].

وهناك هجرة أخرىٰ: وهو ما روى معاوية أن النبي ﷺ قال: (لا تنقطع الهجرة حتى تنقطع التوبة، حتى تطلع الشمس من مغربها)[3].

فهذه الهجرة هجرة العاصي غير الهجرتين الأوليين، كما روى الزهري عن صالح بن بشير بن فديك قال: خرج فديك إلى رسول الله ﷺ / فقال يا [٣٦٣] رسول الله: إنهم يزعمون أنه من لم يهاجر هلك؟ فقال رسول الله ﷺ: (أقم الصلاة، وآت الزكاة، واهجر السوء، واسكن من أرض قومك حيث شئت، تكون مهاجراً)[4].

[٢٠٨٠] في الرجل يعتق عبده على مال فيرده:

قال ابن القاسم عن مالك: في رجل أعتق على مائة دينار إن ذلك لازم للعبد، وإن كره العبد ذلك.

---

(١) أخرجه البخاري مطولاً، في الجنائز، رثاء النبي ﷺ سعد بن خولة (١٢٩٥)؛ ومسلم، في الوصية، الوصية بالثلث، (١٦٢٨) الموطأ، ٢/ ٧٦٣؛ وغيرهم.

(٢) أخرجه الطحاوي في المشكل عن العلاء بلفظ (ثلاثة بعد الصدر للمهاجر)، ٣/ ٢٥٥؛ وبين المعقوفتين في الأصل بياض.

(٣) أخرجه أبو داود، في الجهاد، الهجرة هل انقطعت (٢٤٧٩).

(٤) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار، ٣/ ٢٦٠؛ وأورده الهيثمي في المجمع، وقال: «رواه الطبراني في الأوسط والكبير باختصار، ورجاله ثقات إلاَّ صالح بن بشير أرسله ولم يقل عن فديك». ٥/ ٢٥٥.

قال أبو جعفر: لم نجد هذا القول عن أحد من أهل العلم غيره.

وقال جماعة من أهل العلم: لا يعتق حتى يقبل، وأجاز الله تعالى الكتابة برضا العبد وابتغائه بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ﴾ [النور/ ٣٣]. / فإذا لم تصح الكتابة عليه إلاَّ بقبوله لأجل المال، كذلك العتق. [٦٤/أ]

فإن قيل: فقد يؤاجره بغير رضاه.

قيل له: لأن العبد لا يملك بها نفسه كالبيع، وأما العتق فيملك العبد به نفسه، فاستحال أن يلزمه المال بعد العتق بغير قبوله.

[٢٠٨١] فيمن قال: إذا مت وفلان فأنت حر:

قال أبو حنيفة وأصحابه: لا يكون هذا العبد مدبراً حتى يموت فلان قبل المولىٰ، فيكون مدبراً حينئذٍ، وإن مات المولىٰ ولم يمت فلان، فهو عبد للورثة، [لهم] أن يبيعوه، وهو قياس قول الشافعي، إلاَّ أن الشافعي: يجيز بيع المدبر.

وقال ابن القاسم عن مالك: أيهما مات أولاً فإنه من الثلث، إن مات المولىٰ أولاً، عتق من الثلث.

قال أبو جعفر: لو قال لعبده: إن دخلت الدار بعد موتي، فأنت حر، كان هذا باطلاً، كذلك إذا مات المولىٰ أولاً، كان فيه بمنزلة [من][1] قال: إذا مات فلان بعد موتي فأنت حر، فلا يعتق.

وقد قال محمد بن الحسن ــ فيما لم يحك فيه خلافاً ــ: أن رجلاً لو قال لعبده: أنت حر بعد موتي بشهر، إن ذلك باطل.

---

(١) في الأصل: (إذا)، والمثبت من (م).

[٢٠٨٢] في وطء الجارية المزوّجة:

قال ابن وهب عن الليث: في الرجل: يزوّج عبده أمته ثم يخالفه (إياها)[١]، فيطأها، فتحبل على ذلك، ثم ادعى ولدها، قال: لا شيء له، ولا يلحق به الولد، والولد للعبد، وإن علم به جلد مائة وعتقت.

قال أبو جعفر: ولم يقل أحد أن الجارية تعتق بهذا الفعل غير الليث، وكيف تعتق وهو لو لحق به نسب ولدها لم تعتق في الحال، وإنما كانت تصير أم ولد. / [٣٦٤]

[٢٠٨٣] فيمن قال لعبده: اخدمني وأنت حر:

قال ابن وهب عن الليث: في رجل قال لعبده: اخدمني وأنت حر، ولم يؤقت، قال: أرى أنه إذا لم يؤقت وقتاً أنه يعتق.

قال أبو جعفر: يعني أنه يعتق عقيب ذلك القول (من المولىٰ)[٢] بغير خدمة يكون منه، وهو قائماً على شرطه بالخدمة، فكيف يعتق قبلها، ألا ترى أنه لو قال: إن ضربتك فأنت حر، لم يعتق حتى يضربه، كذلك الخدمة.

[٢٠٨٤] في التأجيل في التمليك:

قال ابن وهب عن مالك: في الرجل يضرب لامرأته أجلاً إن هو أتى إليه (وإلاّ أمرها)[٣] بيدها، فيمضي ذلك الأجل، فلا يقضي شيء ثم تريد أن تختار نفسها قال: إن كانت تربصت أياماً بعد مضي الأجل رجاء أن يقدم، رأيت ذلك لها.

---

(١) في (م): (إليها).

(٢) في (م): (متى وجد).

(٣) ساقطة من (م).

[٢٠٨٥] في عدة أم الولد:

قال مالك والشافعي: عدة أم الولد حيضة، ولا تحل للأزواج حتى ترى الطهر منها. / [٦٤/ب]

قال أبو جعفر: يدل على أن الإقراء هي الحيض، فينبغي أن تكون عدة الحرة ثلاث حُيَض.

[٢٠٨٦] في النكاح الفاسد:

قال ابن وهب عن الليث: في رجل تزوّج امرأة في عدتها، أو أخته في الرضاعة، فلم يبن بها حتى علم ذلك، ففرق بينهما، قال: لا يصلح لابنه ولا لأبيه أن ينكحها.

وقد روي هذا القول عن مالك بن أنس أيضاً.

وسائر الفقهاء لا يحرمونها علىٰ ابنه وأبيه.

[٢٠٨٧] فيمن له على رجل دين فابتاع منه شيئاً بجنس الدين:

قال ابن وهب عن الليث: في رجل سأل رجلاً الدينارين اللذين عليه، فمطله بهما، ثم يجده [يبيع][1] طعاماً إلى أجل، فيشتري منه بدينارين طعاماً إلى أجل، ثم يتقاضاه الدينارين في مجلسه، فيدفعهما إليه، قال: لا أرى هذا يصلح؛ لأنه كان أخذه بالدينارين وأضعف له. ولا يعرف ذلك عن أحد من أهل العلم غير الليث.

وروى أبو سعيد، وأبو هريرة في قصة تمر خيبر، فقال: إنا نأخذ الصاع بالصاعين، فقال: (لا تفعل، ولكن بع تمراً بدرهم، ثم ابتع بالدراهم هذا)[2].

---

(١) في الأصل: (يشتري)، والمثبت من م.

(٢) أخرجه البخاري، في البيوع، إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه (٢٢٠١، ٢٢٠٢)، ومسلم، في المساقاة، بيع الطعام مثلاً بمثل (١٥٩٣)، ومالك في الموطأ، ٢/ ٦٢٣.

وقال ابن عمر للنبي ﷺ: إني أبيع الإبل بالبقيع، فآخذ بالدراهم الدنانير وبالدنانير الدراهم، فقال: (إذا كان ذلك من صرف يومكما وافترقتما، وليس بينكما شيء، فلا بأس)[1].

[٢٠٨٨] في بيع المريض من وارثه:

قال أبو حنيفة: لا يجوز بيعه في مرضه من وارثه بمثل القيمة.

وقال أبو يوسف، ومحمد ومالك، والشافعي: يجوز.

[٢٠٨٩] في قرض الحليّ:

قال أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي: لا يجوز قرض الحلي، كالأواني ونحوها.

وقال مالك: إذا كانت له صناعة معروفة، جاز قرضه، فإذا أعاره غيره، كانت عاريته قرضاً.

قال أبو جعفر: لا يختلفون أن على مستهلك الحلي قيمته دون مثله، فوجب أن لا يجوز قرضه، فإذا أعاره كان بمنزلة عارية الدواب والثياب.

[٢٠٩٠] في جناية المكاتب:

قال إبراهيم النخعي: جناية أم الولد والمدبر والمكاتب على السيد.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: على المكاتب الأقل من قيمته ومن أرش الجناية ولا يجاوز به الدية.

وقال مالك فيما ذكر عنه ابن القاسم: يقضي عليه بالجناية كلها، كما يقال

---

(١) أخرجه أبو داود، في البيوع، اقتضاء الذهب من الورق (٣٣٥٤)، الترمذي، في البيوع، في الصرف (١٢٤٢)، النسائي، ٧/ ٢٨٣؛ ابن ماجه، في التجارات (٢٢٦٢).

للمولى: لو كان عبداً إما أن تدفعه، أو تؤدي الجناية كلها، كذلك [المكاتب]: إما أن يؤدي جميع الجناية، وإلاَّ عجز، وخيّر سيده في الدفع أو الفداء.

[٦٥/أ] وقال الثوري والأوزاعي: / جناية المكاتب في رقبته.

وقال الشافعي: على المكاتب الأقل من أرش الجناية [و][١] من قيمته.

قال أبو جعفر: لا يختلفون أنه يستحق أرش الجناية، وكذلك يلزمه جنايته. فالقياس على ذلك: أن تلزمه الدية إذا قتل كالحر، إلاَّ أنه لما كان رقيقاً، فلا يلزم المولىٰ بجناية العبد أكثر من دفعه، [كذلك][٢] المكاتب إذ أدى قيمته؛ لتعذر دفع الرقبة، فليس عليه أكثر من ذلك.

[٢٠٩١] في المقبوض على وجه السوم:

قال بشر عن أبي يوسف: في رجل يساوم رجلاً بثوب، فقال البائع: هو لك بعشرين، وقال المشتري: لا بل لك بعشرة، فذهب به فهذا إن لم يقع بينهما بيع، غير أن المشتري إن استهلكه، فعليه عشرون، وله أن يرد ما[٣] [لم] يستهلكه.

والقياس: أن يكون عليه قيمته، [قال][٤] وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

قال: ولو قال البائع: قد نقضت البيع ثم استهلكه المشتري، فعليه قيمته، وكذلك لو مات البائع، ثم استهلكه المشتري، فعليه قيمته. وكذلك لو مات المشتري فاستهلكه وارثه، فعليه قيمته.

---

(١) في الأصل: (أو)، والمثبت من م.
(٢) في الأصل: (ذلك)، والمثبت من م.
(٣) الزيادة من (م)، وفي الأصل: (ما يستهلكه).
(٤) الزيادة من (م).

وقال الحسن بن زياد عن أبي يوسف: إذا قال المشتري: قد أخذتها بألف، فقال صاحبها: ما أنقصك من ألفين، فذهب بها على ذلك، فمانت عنده، فعليه ألفا درهم ما قال البائع. / [٣٦٦]

وقال زفر: عليه القيمة، وإن لم تمت وردها بريء في قولهم جميعاً.

وحكى ابن أبي عمران: أن قول أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد، في هذا: إن الثوب إذا كان في يد البائع، فقال: أبيعكه بعشرة، وقال الآخر: لا بخمسة، فدفعه رب الثوب إليه، فهو بخمسة. وإن كان الثوب في يد المشتري، فقال له صاحبه: أبيعكه بعشرة، وقال الآخر: لا بخمسة، فذهب به، فهو بعشرة، وهو قول الحسن بن حي.

وقال ابن أبي ليلىٰ: إذا اشترى بيعاً على أن البائع بالخيار يوماً، وقبضه المشتري، فهلك في يده، فهو أمين ولا ضمان عليه.

فإذا لم يضمن في بيع الخيار، ففي سوم البيع أحرى أن لا يضمن عنده.

وقال ابن القاسم عن مالك: ما قبضه على وجه السوم، فركب الدابة لينظر إلى سيرها، أو نزع بالقوس فانكسرت، فلا ضمان عليه إذا لم يخالف، ولم يأخذها بغير أمر صاحبها.

وقال الثوري: في رجل أخذ دابة، فقال: اركبها فإن رضيتها أخذتها، فضاعت الدابة، فلا شيء عليه.

وروى الربيع عن الشافعي: ما يدل على أنه اختار ضمان المقبوض على وجه السوم.

وقد روى الشعبي: (أن عمر أخذ فرساً من رجل على سوم، فحمل عليه رجلاً، فعطب، فخاصمه، فجعلا بينهما شريحاً، فقال شريح: / يا أمير [٦٥/ب] المؤمنين: أخذته منه صحيحاً [سليماً][1] فأنت له ضامن حتى ترده صحيحاً

---

(١) في الأصل: (مسلماً)، والمثبت من أخبار القضاة.

[سليماً][1] فأعجب عمر، فبعثه قاضياً على العراق)[2].

[٢٠٩٢] في تأخير الدين على شرط الضمان:

قال أبو حنيفة وأصحابه: في رجل له على رجل دين حال من ثمن مبيع، فأخره على أن يضمنه فلان عنه، فإن كان فلان حاضراً، فضمن صحّ التأجيل، وإن لم يقبل الضمان، بطل التأجيل، والرهن مثله.

وقال مالك فيما ذكره ابن القاسم: إن كان الدين حالاً، فأجله فيه على شرط الرهن أو الكفيل، جاز إذا رهن، وضمن الحميل، وإن كان الدين إلى أجل فشرط في تأجيله الرهن أو الكفيل، لم يجز.

قال أبو جعفر: لا فرق بين أن يكون الدين حالاً أو مؤجلاً في جواز التأجيل على شرط الكفالة [والرهن].

[٢٠٩٣] في الرجوع في العارية:

قال ابن وهب عن الليث: في رجل قال: اشهدوا أني قد أسلفت فلاناً عشرة دنانير، (أو أعرت فلاناً)[3] دابتي إلى كذا، أو أعمرته داري كذا وكذا، ثم يريد بعد ذلك أن لا يفعل شيئاً من ذلك قال: إذا (أشهد)[4] له على ذلك، فإن ذلك يلزمه، ويقضي به عليه، وليس له أن ينزع.

[٣٦٧] قال أبو جعفر: ولم نجد أحداً / يفرق في العارية بين الإشهاد عليها، وبين أن لا يشهد غير الليث، ووجدنا سائر عقود التمليكات لا يختلف حكمها بين الإشهاد وغيره.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) الأثر ورد بألفاظ مختلفة، فأقرب ما ورد من نص المؤلف ما رواه وكيع في أخبار القضاة، ٢/ ١٨٩، انظر: مصنف عبد الرزاق، ٨/ ٢٢٤؛ المحلى، ٨/ ٣٧٣.

(٣) في (م): (أو أعرته).

(٤) في (م): (أشهداه).

وقال ابن وهب عن الليث: في الرجل يخدم الرجل عبده عشر سنين ثم هو حر، فيخدمه أياماً، ثم يقول له: الخدمة التي قِبَلك قد وضعتها عنك، اذهب فأنت حر، قال الليث: لا يعتق حتى يمضي العشر السنون.

وقال مالك: يكون حراً مكانه.

وقال ابن وهب عن الليث: في الرجل يدبر الجارية بعد موته عن أمه، أنه لا يجوز له أن يطأها، وكذلك إن دبّرها عن أمه بعد موتها فإنها لا تخرج من الثلث، ولا يلحقها دين، فإن[1] أشهد على ذلك، لم يصلح له أن يطأها.

وقال الليث: من أخدم جاريته رجلاً ستة أشهر وأياماً، فلا بأس أن يطأها سيدها إلاَّ أن يخدمها إياه حياته، فليس له أن يطأها حتى يموت الذي تخدمه وترجع إليه.

[٢٠٩٤] في الوصية بخدمة العبد ونحوها:

قال محمد في الأصل: قال أبو حنيفة: إذا أوصىٰ لرجل بخدمة عبده، ولآخر برقبته، وهو يخرج من الثلث، فالعبد لصاحب الرقبة، والخدمة لصاحب الخدمة، وكذلك الوصية بالأمة لواحد، وبولدها الذي في بطنها لآخر، وكذلك الخاتم والفصّ، ولم يذكر خلافاً.

وروى ابن سماعة عن محمد: إذا أوصىٰ لرجل بخاتمه / ولآخر بفصه، [٦٦/أ] فإن كان في كلامٍ واحدٍ، فالفضة للموصىٰ له بالخاتم، والفص للموصىٰ له بالفص، وإن كان في كلامين مختلفين: فالفضة للموصىٰ له بالخاتم، والفص بينهما نصفين، ولم يحك خلافاً. وذكر محمد في الزيادات مثل رواية ابن سماعة في الفص والخاتم، والبناء والدار، والثمرة والقوصرة.

---

(١) في (م): (فمتى).

وقال في الوصية بالخدمة والعبد والبستان، والغلة والدار وسكناها، فهو كما قال، وصل أو قطع، لكل واحد ما أوصىٰ له به، لا يشاركه فيه الآخر.

وروى بشر عن أبي يوسف عن أبـي حنيفة في الإملاء: إن هذا كله سواء: الدار وسكناها، والعبد وخدمته، والفص [والخاتم]، والشاة والصوف، كل هذا واحد، ولكل واحد ما أوصىٰ له به، لا يشاركه الآخر فيه.

قال: ولو أوصىٰ بهذا الخاتم وبعضه لفلان، ثم قال: قد أوصيت بفصه لفلان، فإنهما يشتركان في الفص إذا سمى الفص مع الخاتم لصاحب الخاتم، وكذلك الشجر والنخل.

وذكر الربيع عن الشافعي: إذا قال خاتمي هذا لفلان، وفصه لفلان، كان الخاتم للموصىٰ له بالخاتم، والفص للموصىٰ له بالفص.

قال أبو جعفر: (القياس ما رواه أبو يوسف؛ لأن الفص لو أزيل [من] الخاتم قبل موت الموصىٰ له بالخاتم، بطلت وصيته بالفص، هذا إذا لم يكن موصىٰ له غيره، كذلك إذا أوصىٰ به لغيره، ولا وصية لصاحب الخاتم فيه. وكذلك بناء الدار، فهذا إنما نأخذه البناء على وجه التبع، فإذا أوصىٰ به لغيره بطلت الوصية في الفص لصاحب الخاتم، كما [لو] زايل الأصل.

وليس ينبغي أن يختلف في هذا)[1] أن يقول ذلك في كلامين موصولين أو مقطوعين.

[٢٠٩٥] فيمن أقرّ بدار إلاَّ بناءَها:

قال محمد في إملائه ـ من رواية أبـي سليمان ـ : وإذا قال لرجل: هذه دارك إلاَّ بناءَها، فإنه لي، فالقول: قول المقر له، ويأخذها وبناءَها إلاَّ أن يقيم المقر البينة أنه أحدث هذا البناء فيها، فتقبل بيّنته، وكذلك الخاتم والفص، والجبة والبطانة، وهو قول أبـي حنيفة [وأبـي يوسف] وقولنا.

---

(١) المسألة بكاملها سقطت من (م).

وروى ابن عبد الحكم: أن القول: قول المقر في قياس قول مالك.

وذكر الربيع عن الشافعي: إذا قال هذا الخاتم لفلان، وفصّه لي أو لفلان فهو مثل قوله: هذا الخاتم إلاَّ فصه لفلان أولي، فالخاتم لفلان، والفص له أو لفلان.

قال أبو جعفر: ينبغي أن يصح استثناء البناء والفص، كمتاع موضوع في الدار: لو قال هذه الدار لفلان، والمتاع الذي فيها لي، كان القول قوله.

[٢٠٩٦] في بيع فضة بنوعين من الفضة:

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا باع ألف درهم بخمسمائة[1] بيض وخمسمائة سود، جاز، وكذلك لو باعها بخمسمائة وثوب.

وقال مالك: لا يجوز بيع ألف بيض بألف سود وبيض، إذا كانت البيض خيراً من السود، ولو كانت كلها سوداً ببيض، جاز، وكذلك: قال الليث والشافعي.

وقال أبو جعفر: قال النبي ﷺ: (الذهب بالذهب مثلاً بمثل والفضة بالفضة مثلاً بمثل تبرها وعينها سواء)[2].

فدل على أن [لا اعتبار][3] فيه بنقصان القيمة، إنما يعتبر الوزن.

آخـر كتاب الزيادات

● ● ●

(١) في (م) زيادة: (درهم).

(٢) أخرج أبو داود، في البيوع، في الصرف (٣٣٤٩) عن عبادة رضي الله عنه بلفظ (الذهب بالذهب تبرها وعينها، والفضة بالفضة تبرها وعينها...)، والنسائي، في البيوع، بيع الشعير بالشعير (٧/ ٢٧٦).

(٣) في النسختين (أن الاعتبار)، والمثبت بحسب دلالة السياق.

كتاب المكاتب

[٢٠٩٧] في الكتابة الحالة:

قال أبو حنيفة وأصحابه: تجوز الكتابة الحالة، فإن أداها حين طلبها المولىٰ منه، وإلاَّ ردَّ في الرق.

وقال ابن القاسم عن مالك: في رجل قال: كاتبوا عبدي على ألف درهم، ولم يضرب لها أجلاً، أنها تنجّم على المكاتب على قدر ما يرى في كتابته[١] مثله وقدر قوته. قال: والكتابة عند الناس منجمة، ولا تكون حالة، إن أدى ذلك إلى[٢] السيد.

وقال الليث: إنما جعل التنجيم على المكاتب رفقاً بالمكاتب، ولم يجعل ذلك رفقاً بالسيد.

وقال المزني عن الشافعي: لا تجوز الكتابة على أقل من نجمين، قال أبو جعفر: الكتابة يتضمن تمليك المكاتب: كسبه، ومنافعه بالبدل الذي عقد عليه، فتجوز حالة كالبيع والإجارة ونحوها.

وأيضاً لما جازت آجلة (، فهي عاجلة)[٣] أجوز؛ لأنا قد وجدنا من العقود ما يجوز عاجلاً، ولا يجوز آجلاً، كالصرف، ورأس مال السلم.

---

(١) في (م): (مكاتبه).
(٢) ساقطة من (م).
(٣) ساقطة من (م).

[٢٠٩٨] في عقد الكتابة من غير ذكر [حريته][1]:

قال أبو حنيفة، وأصحابه، ومالك: إذا كاتبه على ألف درهم، ولم يقل: إذا أديت فأنت حر، فهو جائز.

وقال المزني عن الشافعي: إذا كاتبه على مائة دينار إلى عشر سنين كذا كذا نجماً، فهو جائز، ولا يعتق حتى يقول في الكتابة: إذا أدّيت هذا فأنت حر، أو يقول بعد ذلك: إن قولي قد كاتبتك فكان معقوداً على أنك إن أدّيت فأنت حر.

قال أبو جعفر: الكتابة اسم تتضمن الحرية بالأداء، كالخلع والإجارة يتضمن ما تحته من تمليك البضع أو المنافع، فلا يحتاج أن يشترط الحرية.

[٢٠٩٩] في وضع الكتابة:

قال أبو حنيفة وأصحابه: ليس على المولىٰ أن يضع عن عبده شيئاً من كتابته، وهو قول الثوري.

وقال مالك في قوله تعالىٰ: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور/ ٣٣]، هو أن يضع من كتابته شيئاً، ولم يؤقت.

[٦٧/أ] وقال الشافعي: يجبر / السيد على أن يضع من كتابته شيئاً، وإن مات السيد بعد قبض جميع الكتابة، حاصّ للمكاتب[2] بالذي له الدين والوصايا.

قال أبو جعفر: قوله تعالىٰ: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور/ ٣٣] يحتمل الإيجاب، ويحتمل الندب، ولم يختلفوا أن قوله (فكاتبوهم): على الندب، فهو محكم، فوجب أن يعطف عليه المتشابه، ويدل عليه من جهة السنة: حديث الزهري، وهشام بن عروة، عن عروة، عن عائشة (أن بريرة جاءت

---

(١) في الأصل: (خدمة)، والمثبت من م.
(٢) في (م): (المكاتب).

تستعينها في كتابتها، ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً، فقالت عائشة: إن أحبوا (أن أعدها لك عدة واحدة. وفي لفظ الزهري)[1]: أن أقضي عنك كتابتك، ويكون وولاؤكِ لي، فذكرت ذلك بريرة لأهلها، فأبوا، وقالوا: إن شاءت أن تحتسب فلتفعل، ويكون ولاؤكِ لنا، فسألت رسول الله ﷺ؟ فقال: خذيها فإن الولاء لمن أعتق)[2].

فلم ينكر النبي ﷺ قولها: إن شئت عددتها عدة واحدة، ولو كان الإيتاء واجباً، لأخبر بسقوط بعضها.

[٢١٠٠] في كتابة العبيد على مال واحد:

قال أبو حنيفة وأبو يوسف، ومحمد فيما روى محمد: إذا كاتب عبدين مكاتبة واحدة، وجعل نجومها واحدة، إن عجزا ردا، وإن أديا عتقا، فهو جائز، ولا يعتقان إلاَّ جميعاً، ولا يردان إلاَّ جميعاً، وكل واحد كفيل ضامن عن صاحبه. (وروي ذلك عن إبراهيم.

وقال زفر، والشافعي، والحسن بن حي: إذا لم يقل كل واحد كفيل ضامن عن صاحبه)[3]، فكل واحد مكاتب بحصته، إن أدى حصته منها عتق منه، ولم يعتق الآخر.

وقال زفر: إن قال كل واحد كفيل عن صاحبه، لم يعتق واحد منهما إلاَّ بأداء الجميع.

وقال ابن شبرمة: في رجل كاتب مملوكين له، على ألف درهم فأدّيا خمسمائة درهم، ثم مات أحدهما: أن على الباقي مائتين وخمسين.

---

(١) ساقطة من (م).
(٢) سبق تخريجه.
(٣) ساقطة من (م).

وقال مالك: إذا كاتبهما كتابة واحدة، كان كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه، يعتقان معاً، ويرقان معاً، فإن أعتق المولىٰ أحدهما، لم يجز عتقه إلاَّ أن يكون زَمِناً، فيجوز عتق الزَّمِن، ولا يجوز عتق الصحيح، إلاَّ برضى الآخر.

وقال أبو جعفر: لو باع عبداً من جماعة صفقة واحدة، لم يكن لأحدهما أن يقبض حصته، حتى يقبض البائع جميع الثمن، كذلك القياس في الكتابة، أن لا يستحق واحد من العبدين رقبته بالعتق إلاَّ بقبض المولىٰ جميع الكتابة.

[٢١٠١] في رجلين كاتبا مملوكين لهما:

قال أبو حنيفة وأصحابه: لو أن لرجلين، لكل واحد عبد على حدة، كاتباهما جميعاً/ مكاتبة واحدة على ألف درهم، وجعلا نجومهما واحدة، إن [٦٧/ب] أدّيا عتقا، وإن عجزا ردّا، فكل واحد منهما مكاتب على حدة بقدر قيمته، يعتق بأدائه دون الآخر، وهو قول الشافعي.

وقال مالك: إذا كاتباهما كتابة واحدة، وكل واحد حميل مما على صاحبه، لم تصلح هذه الكتابة؛ لأنه غرر.

قال أبو جعفر: يجوز هذا كما لو تزوَّج امرأتين على ألف درهم، كان لكل واحدة منهما حصتها من الألف بقدر مهر المثل. وأما مذهب مالك في شرطه الحمالة، فإن عند مالك أن ضمان الكتابة لمولاه لا يجوز.

[٢١٠٢] في المكاتب هل يسافر؟

قال أبو حنيفة وأصحابه: في المكاتب يشترط عليه مولاه: بأن لا يخرج من الكوفة إلاَّ بإذنه، فالشرط باطل، والكتابة جائزة، وله أن يخرج.

وقال مالك: ليس للمكاتب أن يخرج من أرض سيده إلاَّ بإذنه، اشترط ذلك عليه أو لم يشترط، وذلك بيد سيده: إن شاء أذن له، وإن شاء منعه.

وقال عثمان البتي: وكل شرط على المكاتب عند كتابته(، فهو جائز، وإن اشترط عليه أن لا يخرج من أرضه التي هو فيها.

وقال الثوري: إذا اشترط على المكاتب)[1] أن لا يخرج، فليس له أن يخرج.

وقال الحسن بن حيّ: إذا كاتب عبده، فليس له أن يمنعه أن يخرج، حيث شاء، ولا يستأمر مولاه.

وقال المزني عن الشافعي: والمكاتب لا يمنع من السفر والاكتساب قال: وقال في الإملاء: ليس للمكاتب أن يسافر بغير إذن سيده. قال المزني: الأوَّل أقيس على أصله.

وقال الربيع عن الشافعي في إملائه: وللمكاتب أن يسافر بالتجارة، وليس للمولىٰ أن يمنعه.

[٢١٠٣] في الخيار في المكاتبة:

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا كاتب أمته على أنه بالخيار ثلاثاً، فولدت في الثلاثة، أو اكتسبت مالاً، ثم أجاز المولىٰ الكتابة، فولدها داخل في الكتابة، والكسب لها.

وقال ابن القاسم: قياس قول مالك: أن الولد يدخل في كتابتها، إذا أجاز المولىٰ الكتابة.

[٢١٠٤] في كتابة الأب والوصيّ:

قال أبو حنيفة وأصحابه: للأب ووصي الأب أن يكاتب عبد الصغير، وليس لهما أن يعتقاه على مال.

وقال ابن أبـي ليلىٰ: لا تجوز كتابة الوصيّ.

وقال ابن القاسم عن مالك: للأب والوصيّ أن يكاتبا عبد الصغير، وليس

---

(١) ساقطة من (م).

للوصي أن يعتقه على مال، (إذا كان)[1] إنما يأخذ المال من العبد، فإن أعطاه رجل مالاً على أن يعتقه ففعل ذلك / نظراً لليتيم، فهو جائز. [٦٨/أ]

[٣٧١] وقال المزني عن الشافعي: وليس لولي اليتيم أن يكاتب عبده / بحال؛ لأنه لا نظر له في ذلك.

قال أبو جعفر: لما لم يكن للمأذون أن يكاتب، كما لا يعتق على مال، كذلك الأب والوصيّ، وفارقت الكتابة للبيع؛ لأنَ للمأذون أن يبيع، وأيضاً فإنه إنما يعتق بأداء مال هو كسبه، يستحقه الصبـيّ لو لم يكاتب، فهو كالعتق على مال.

[٢١٠٥] في كتابة المكاتب:

قال أبو حنيفة وأصحابه: للمكاتب أن يكاتب، فإن أدى الثاني قبل الأول، فالولاء للمولى، وإن أدّى الأول قبل الثاني، فولاء الثاني للأول.

وقال مالك فيما ذكره عنه ابن وهب: ينظر في كتابة المكاتب، فإن أراد بذلك المحاباة للعبد، وعرف ذلك بالتخفيف عنه لم يجز ذلك، وإن كان إنما كاتبه على وجه الرغبة وطلب المال والعون على كتابته، فهو جائز. وقال ابن القاسم عن مالك في المكاتب: إذا كاتب عبده على وجه النظر بذلك لنفسه، أنه جائز، فإن أدى المكاتب الأسفل قبل الأعلى، وأدى المكاتب الأعلىٰ بعد ذلك، رجع إليه ولاء المكاتب الأسفل.

وقال الثوري: تجوز كتابة المكاتب، فإن أدى الثاني وعجز الأول، فالولاء للمولىٰ، وإن أديا جميعاً، كان الولاء له.

وقال عثمان البتي: إذا كاتب المكاتب عبداً له، فهو بمنزلة البيع والشراء.

وقال الأوزاعي: لا تجوز كتابة المكاتب إلاَّ بإذن المولىٰ، وإن كاتبه بإذن

(١) ساقطة من (م).

مولاه [فأدى][1] عتق، ورقّ سيده إن عجز، فإن كاتبه بغير إذن مولاه فأدى، فلا عتق له حتى يؤدي المكاتب الأول كتابته، فإذا أداها عتق هو ومكاتبه الذي كاتبه في كتابته.

وقال المزني عن الشافعي: إذا كاتب المكاتب ففيها قولان: أحدهما: لا يجوز؛ لأن الولاء لمن أعتق، والثاني: أنه يجوز. وفي الولاء قولان: أحدهما، إن الولاء موقوف، فإن عتق الأول كان له الولاء، وإن لم يعتق حتى يموت، فالولاء لمولى المكاتب.

والثاني: إن الولاء لسيد المكاتب بكل حال؛ لأنه عتق في حال لا يكون له أن يعتقه مولاه.

وقال في الإملاء: لو كاتب المكاتب عبده، فأدّى لم يعتق، كما لو أعتقه لم يعتق. قال المزني: هذا عندي أشبه.

[٢١٠٦] في المكاتب[2] يعتق عبده على مال:

قال أبو حنيفة وأصحابه: لا يجوز عتق المكاتب عبده على مال.

وقال ابن القاسم عن مالك: إن أعتقه على مال يدفعه إليه من غير مال هو للعبد، فذلك جائز، إذا كان على وجه النظر لنفسه، وإن كان إنما أعتقه على مال للعبد، (فأخذه)[3] منه، فإنه لا يجوز.

وقال المزني عن الشافعي: وإن أعتق المكاتب عبده على مال / أو كاتبه [٦٨/ب] بإذن سيده، فأدى كتابته، ففيها قولان: أحدهما: لا يجوز؛ لأن الولاء لمن أعتق، والثاني: إنه يجوز.

---

(١) في الأصل: (فادعى)، والمثبت من م.
(٢) في (م): (مكاتب).
(٣) في (م): (يأخذه).

[٢١٠٧] في اختلافهما في الكتابة:

قال أبو حنيفة، ومالك، والأوزاعي: إذا اختلف المولىٰ والعبد في مقدار مال الكتابة، فالقول: قول المكاتب.

وقال أبو يوسف ومحمد، والشافعي: يتحالفان ويترادان.

قال أبو جعفر: القياس، التخالف كالبيع، ألا ترى أنه لو شهد للمكاتب شاهدان: أحدهما: بألف، والآخر: بألف وخمسمائة، أن الشهادة باطلة كالبيع لو[١] شهد به كذلك، ولم يكن كمن (له)[٢] ألف وخمسمائة، فشهد له شاهد بألف، والآخر: بألف وخمسمائة، فتجوز الشهادة على [الألف][٣].

[٢١٠٨] في المولىٰ يشترط على مكاتبته وطؤها:

قال أبو حنيفة وأصحابه: هذه كتابة فاسدة، فإن أدّت عتقت، وعليها فضل القيمة إن كانت أكثر من الكتابة، وإن كانت القيمة أقل من الكتابة عتقت بأداء القيمة، ولا شيء عليها غير ذلك.

وقال زفر: إذا أدت القيمة عتقت سواء كانت أقل من القيمة أو أكثر.

وقال ابن القاسم في قياس قول مالك: إن الكتابة جائزة، والشرط باطل، ولا يشبه البيع؛ لأن البيع لا يجوز فيه الغرر، والكتابة على الوصف جائزة

[وقول][٤] الثوري يدل: على أن مذهبه أن الكتابة جائزة، والشرط باطل. ومذهب الشافعي يدل: على أن هذا الشرط يفسد الكتابة.

---

(١) في (م): (ولو).
(٢) في (م): (ادعى).
(٣) في الأصل: (ألف)، والمثبت من (م).
(٤) في الأصل: (قال)، والمثبت من (م).

[٢١٠٩] في ضمان الأجنبي لمال الكتابة:

قال أبو حنيفة وأصحابه: لا يجوز ضمان الأجنبي لمال الكتابة إلاَّ أن يكون للمكاتب على الضامن مال، فيضمنه [لمولاه][(١)].

وقال ابن أبي ليلىٰ: يجوز ضمان الأجنبي لمال الكتابة.

وقال مالك: لا يجوز لأحد أن (يحمل)[(٢)] للسيد كتابة عبده، وهو قول الشافعي.

[٢١١٠] في تزويج المكاتب وعتقه وضمانه وهبته:

قال أبو حنيفة: لا يجوز تزويج المكاتب إلاَّ بإذن مولاه، وأما هبته وعتقه وكفالته عن رجل، فإنه لا يجوز شيء من ذلك وإن أذن له المولىٰ.

وقال ابن أبي ليلىٰ: للمكاتب أن يتزوّج إلاَّ أن يكون المولىٰ اشترط عليه في الكتابة أن لا يتزوَّج إلاَّ بإذنه، فيكون ذلك كما شرط، قال: وكفالته أيضاً جائزة. / قال: فأما عتقه وهبته، فموقوفان، فإن أعتق أمضى ذلك، وإن عجز بطل. [٣٧٣]

وقال ابن القاسم، وابن وهب، عن مالك: لا يتزوَّج المكاتب إلاَّ بإذن مولاه، وإن أعتق المكاتب عبداً، أو وهب بعض ماله، ثم عتق بعد ذلك عليه، وإن علم السيد قبل أن يعتق، فرده، باطل، / فإن عتق بعد ذلك، لم ينفذ ما فعل. [٦٩/أ]

وقال الثوري: إن اشترط عليه أن لا يتزوَّج [لم يتزوَّج][(٣)]، وعتقه وصدقته

---

(١) في الأصل: (مولاه)، والمثبت من (م).

(٢) في (م): (يجعل).

(٣) ما بين المعقوفتين من (م).

موقوفان. فإن أدى (نفذ)[1] ذلك، وإن عجز بطل، وهو قول عثمان البتي في العتق والصدقة.

وقال المزني عن الشافعي: لا يهب المكاتب ماله إلاَّ بإذن سيده، فإن أعتق عبداً بإذن سيده ففي الولاء قولان: أحدهما: أنه موقوف، فإن عتق المكاتب [كان][2] له، وإن لم يعتق حتى يموت، فالولاء [لسيد][3] المكاتب، والثاني: أن الولاء للسيد على كل حال.

[٢١١١] في المكاتب يدبره المولىٰ:

قال محمد في إملائه: قال أبو حنيفة: إذا دبر الرجل عبده، ثم كاتبه بعد ذلك في صحته، ثم مات المولىٰ وله مال، يخرج العبد ومكاتبته من ثلثه، أو تخرج المكاتبة وحدها من ثلثه، فالعبد حر، لا سبيل عليه وقد بطلت المكاتبة.

وإن كان العبد يخرج من ثلثه، والمكاتبة لا تخرج من ثلثه. ففي قياس قوله: أن يسعىٰ في الكتابة إلاَّ أن يعجز عنها [فيعتق][4] ولا تكون عليه سعاية، (ولكن هذا فسخ)[5]؛ لأن العبد إذا عجز عن المكاتبة وخرج من الثلث، كان حراً، وتبطل الكتابة.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن خرجت الرقبة من ثلث المال، أو المكاتبة، أيهما خرج، فالعبد حر، فإن مات المولىٰ ولا مال له غير العبد، فإن أبا حنيفة قال: يسعى في جميع الكتابة إلاَّ أن يعجز، فيسعى في ثلثي قيمته.

---

(١) في (م): (بعد).

(٢) في الأصل: (جاز)، والمثبت من (م) والمزني، ص ٣٢٧.

(٣) في الأصل: (للسيد)، والمثبت من (م) والمزني.

(٤) في الأصل: (فعتق)، والمثبت من (م).

(٥) في (م): (لأن هذا قبيح).

وفي قول أبي يوسف: يسعىٰ في الأقل (فيما)[1] بقي عليه من جميع الكتابة وثلثي القيمة.

وقال محمد: يسعىٰ في الأقل من (ثلثي)[2] جميع ما بقي عليه من الكتابة، وثلثي القيمة.

وقال ابن القاسم عن مالك: إذا دبّر عبده ثم كاتبه، ثم مات فالعبد يخرج من ثلثه وانتقضت [الكتابة][3]، ويعتق بالتدبير، فإن لم يحمله الثلث، عتق منه الثلث[4]، ويسعى فيما بقى من الكتابة.

وقال الأوزاعي: إذا كاتب عبده، فقبض بعض الكتابة، ثم مات المولىٰ، فقامت البينة أنه كان دبّره قبل أن يكاتبه، فللمولىٰ ما أخذه في حياته، وما أخذ منه الورثة بعد الموت يردونه عليه، وهو حر. / [٣٧٤]

وقال الشافعي: إذا دبّره ثم كاتبه، ثم مات، عتق بالتدبير [إن][5] حمله الثلث، وبطلت الكتابة، فإن لم يحمله الثلث عتق[6] ما حمل الثلث، وبطل عنه من الكتابة بقدره، وكان ما بقي على الكتابة، إلاَّ أن يعجز فيرق.

[٢١١٢] فيمن كوتب على نفسه وعلى عبد غائب:

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا كاتب عبداً له على نفسه، وعلى عبد له غائب، فالكتابة جائزة، فإذا أدّى [الحاضر][7] عتقا، وليس على الغائب منها شيء.

---

(١) في (م): (مما).
(٢) في (م): (ثلث).
(٣) في الأصل: (المكاتبة)، وفي (م): (بعض الكتابة)، والمثبت من المدونة، ٣/٣٠٦.
(٤) وفي المدونة زيادة: يعتق منه ما حمل الثلث، ويوضع عنه من الكتابة بقدر ذلك، ويسعى فيما بقي منها». ٣/٣٠٦.
(٥) في الأصل: (من)، والمثبت من (م).
(٦) في (م): (غير).
(٧) في الأصل: (أدى عتقاً) وفي (م): (أحدهما)، والمثبت من سياق العبارة، والله أعلم.

[٦٩/ب] وقال ابن القاسم في قياس قول مالك: إن الكتابة، جائزة / ويكون الغائب مكاتباً معه، أحب أو كره، فإن أدى الحاضر جميع الكتابة رجع على الغائب بحصته.

قال (أبو جعفر): والذي دل عليه قياس قول الشافعي: إن الكتابة لا تجوز على الغائب.

[٢١١٣] في المكاتب يملك ذا رَحِم مَحْرَم منه:

قال أبو حنيفة: للمكاتب أن يبيع كل من يشتري من ذوي أرحامه إلاَّ الوالدين والولد، وأم الولد إذا كان معها ولدها فاجتمعا في ملكه، فإنه لا يبيع هؤلاء، ويبيع جميع ذوي أرحامه غيرهم، ويبيع أم الولد إذا لم يكن معها ولدها.

وقال أبو يوسف ومحمد: كل ما لم يكن للحر أن يبيعه إذا اشتراه فكذلك المكاتب لا يبيعه.

وقال ابن القاسم عن مالك: ليس المكاتب أن يشتري ابنه إلاَّ بإذن السيد فإن أذن له، جاز، ودخل في الكتابة. قال: وإن اشترى أبويه، لم يبعهما ولم يدخلا معه في الكتابة، وإن خاف العجز، جاز له أن يبيعهم.

وقال الأوزاعي: للمكاتب أن يبيع أباه وأخاه إذا خاف العجز عن أداء الكتابة، ويبيع أم ولده أيضاً.

وقال المزني عن الشافعي: ليس للمكاتب أن يشتري من يعتق عليه لو كان حراً، وله أن يقبلهم لو أوصىٰ له بهم، ويكسبون على أنفسهم ويأخذ فضل كسبهم، وإن استولد جارية له ألحقته به، ومنعته من الوطء، وفيها قولان: أحدهما: لا يبيعها بحال، والآخر: أن يبيعها، خاف العجز أو لم يخف.

قال أبو جعفر: وذكرنا فيما تقدم: أن القياس أنه لا يجوز كتابة المكاتب

كما لا يجوز عتقه، فكل من دخل في كتابته بالشراء، فالقياس أن لا يجوز شراؤه له إلاَّ بإذن السيد.

[٢١١٤] في كتابة أحد الشريكين:

قال أبو حنيفة وأصحابه، والثوري، ومالك، والشافعي: لا يجوز لأحد الشريكين مكاتبة / نصيبه بغير إذن شريكه. [٣٧٥]

وقال ابن أبي ليلىٰ، وعبيد الله بن الحسن، وعثمان البتي، والأوزاعي، والحسن بن حي: تجوز كتابة أحدهما بغير إذن شريكه.

[٢١١٥] في كتابة أحد الشريكين بإذن الآخر:

قال أبو حنيفة: إذا كاتب نصيبه بإذن شريكه، فالكتابة جائزة في نصيبه ونصيب الآخر عبد، وإذنه في الكتابة إذن في قبض المكاتب من جميع كسبه ما لم ينهه، ولا يرجع على الذي كاتب بشيء فيما[1] قبضه من مال الكتابة، إلاَّ أن يكون نهاه عن قبض الكتابة من كسب نصيبه، وإن أدى عتق، ولم يكن له / أن [٧٠/أ] يضمن الشريك، ولكنه يستسعي إن شاء.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو مكاتب لهما جميعاً، وما أداه فهو بينهما، والكتابة لا [تتبعّض][2] عندهما.

وقال ابن القاسم عن مالك: لا تجوز كتابة أحدهما بإذن شريكه، ويفسخ، وإن أدى [إلى][3] الذي كاتبه لم يعتق.

وقال المزني عن الشافعي: لا يجوز أن يكاتب بعض عبد، إلاَّ أن يكون باقيه حراً، ولا بعض عبد بينه وبين شريكه وإن كان بإذنه. وقال في الإملاء:

---

(١) في (م): (مال).
(٢) في الأصل: (تنتقض)، والمثبت من (م).
(٣) زيد من (م).

الكتابة جائزة، وللذي لم يكاتب أن يستخدمه يوماً ويخليه يوماً للكسب، وإن أبرأه مما عليه، كان نصيبه حراً، وقوّم عليه الباقي، وعتق إن كان موسراً، ورق إن كان معسراً.

[٢١١٦] في مكاتب لرجلين أعتقه أحدهما:

قال محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: في مكاتب بين رجلين، أعتقه أحدهما، عتق نصيبه منه، ونصيب الآخر مكاتب، وإذا أدّى إليه عتق، وكان ولاؤه بينهما نصفين.

وقال أبو يوسف: قد صار حراً كله، ويضمن المعتق لشريكه نصف قيمة العبد إن كان موسراً [وإن كان معسراً، سعى العبد للذي لم يعتق في نصف قيمته][1]، وإن لم يبق من مال الكتابة إلاّ درهم واحد.

وقال محمد: إذا أعتقه وهو موسر، عتق كله، وضمن المعتق الأقل من نصف قيمة العبد ومن نصف ما بقي من الكتابة؛ لأنه لم يستهلك لشريكه من المال إلاّ الأقل، وإن كان معسراً سعى العبد للذي لم يعتق في الأقل من نصف قيمته، ومن نصف ما بقي من الكتابة.

وقال مالك فيما ذكره عنه ابن القاسم: في رجل أعتق بعض مكاتبه وهو صحيح، قال: لا يعتق منه شيء وإنما العتق هاهنا وضع مال عند مالك فينظر إلى ما عتق، ويوضع عنه من الكتابة بقدر ذلك / ثم يسعى فيما بقي، فإن أداه عتق، وإن عجز، رقّ كله. [٣٧٦]

وقال مالك: إلاّ أن يكون أعتق ذلك الشقص منه في وصيّة، فإن ذلك عتق للمكاتب إن عجز، وحمل ذلك الثلث.

قال مالك: ولو أن مكاتباً بين رجلين، أعتق أحدهما نصيبه، ثم عجز عن

---

(١) ما بين المعقوفتين سقطت من الأصل، والمثبت من (م).

نصيب صاحبه، لم يقوّم على الذي أعتقه، ويكون رقيقاً بينهما، وروى الأوزاعي ما يدل على أن مذهبه في ذلك كمذهب مالك.

وقال الشافعي ـ فيما رواه عنه المزني ـ في مكاتب بين رجلين أعتقه أحدهما قوّم عليه الباقي إن كان موسراً، وعتق كله، وإلاَّ كان الباقي مكاتباً، وكذلك لو أبرأه فهو كعتقه ولو مات سيد المكاتب فأبرأه بعض الورثة من حصته عتق نصيبه، عجز أو لم يعجز، وولاؤه للذي [كاتبه ولا][1] أقوّمه عليه والولاء لغيره.

وقال في موضع آخر: / فيها قولان: أحدهما: هذا، والآخر: يقوّم عليه [٧٠/ب] إذا عجز، وكان له ولاؤه كله؛ لأن الكتابة الأولىٰ بطلت، وأعتق هذا ملكه.

قال أبو جعفر: لمّا اتفق الجميع على أن المكاتب إذا أدى الكتابة عتق، وصار ولاؤه لمولاه، دَلَّ ذلك على بقاء ملكه فيه بعد الكتابة، لولا ذلك لما استحق عليه ولاؤه بالعتق، وإذا كان مالكاً جاز عتقه وينبغي أن يرث ورثته رقبته، فيجوز عتق بعضهم نصيبه.

[٢١١٧] في قبض أحد الشريكين حصته:

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا كاتب رجلان عبداً لهما مكاتبة واحدة، فأدَّى إلى أحدهما حصته لم يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة إليهما، سواء قبض بإذن شريكه أو بغير إذنه، وكذلك قال مالك: إنه لا يعتق بقبض أحدهما حصته.

وقال الشافعي: أصحّ ما فيه أن لا يعتق بقبض أحدهما حصته.

قال أبو جعفر قوله: أصح ما فيه: دليل على أن فيه غير ذلك القول، قال أبو جعفر: ولما كانا شريكين فيما قبض، لم يعتق؛ لأنه (بمنزلة)[2] لو دفع إليه

---

(١) في الأصل: (عتقه وألا)، وفي (م): (كاتبه وألا)، والمثبت من نص المزني، ص ٣٢٥.
(٢) في (م): (بمنزلته).

بعض حصته، ولا يشبه هذا عبد بين رجلين باعاه صفقة واحدة، بثمن واحد، فدفع المبتاع إلى أحدهما حصته من الثمن، فيكون له أن يقبض نصيبه من العبد؛ لأنه يجوز له بيع نصيبه على حدة، ولا يجوز لأحدهما مكاتبة نصيبه على حدة، وله أن يفسخه إن كاتب نصيبه.

[٢١١٨] في الكتابة يشترط فيها شرطاً بعد أداء المال:

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا كاتب عبده على ألف درهم على أنه إذا عتق، فعليه ألف آخر، أو على أن يخدمه بعد ذلك شهراً، جاز ذلك على ما شرط، ولو قال: على أن يخدمه ولم يؤقت، لم تجز الكتابة.

وقال ابن وهب عن مالك: إذا كاتب عبده بذهب أو ورق، واشترط عليه في كتابته سفراً، أو خدمة، أو أضحية، أو كسوة فإنه ينظر إلى ما شرط عليه من خدمة ومن سفر وما سوى ذلك مما يعالجه بنفسه، فيكون ذلك موضوعاً لا شيء عليه منه لسيده، وما كان من أضحية أو كسوة، أو شيء يؤديه، فهو بمنزلة الدراهم والدنانير.

وقال الشافعي فيما رواه المزني في جامعه: ولو كاتبه على أن يخدمه شهراً، يأخذ فيه حين كاتبه، ويؤدي إليه بعد الشهر مالاً، جاز، ولو شرط تعجيل المال [و][1]تأخير العمل، لم يجز، وإن وصف الأضحية فقال: ماعز ثنية من شاة بلد كذا، أو من شاة بني فلان، يدفعها إليه يوم كذا من سنة / كذا، جاز. [٧١/أ] وإن قال: أضحية ولم يصفها، لم يجز، كما لا يجوز في البيع.

قال أبو جعفر: القياس أن تكون الكتابة فاسدة إذا شرط عليه بعد العتاق شيئاً، كالبيع؛ لأنه يلحقها الفسخ.

---

(١) في الأصل (أو) والمثبت من م.

[٢١١٩] في كتابة النصراني:

قال أبو حنيفة وأصحابه: في نصراني كاتب عبداً نصرانياً، ثم أسلم العبد فهو على كتابته، وهو قول الشافعي.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: لو اشترى نصراني عبداً مسلماً وكاتبه جازت كتابته.

وقال مالك فيما ذكره ابن القاسم عنه: إذا أسلم مكاتب النصراني (بيعت كتابته)[١] من مسلم، فإن أداها فعتق فولاؤه للنصراني الذي كاتبه إذا أسلم يوماً ما، وإن عجز كان رقيقاً لمن اشتراه.

قال مالك: ويجوز شراء النصراني للعبد المسلم، ويجبر على بيعه، فإن كاتبه على أن يباع عليه، أجبر النصراني على بيع كتابته، وإن عتق كان ولاؤه لجميع المسلمين، وإن أسلم مولاه بعد ذلك، لم ترجع ولاؤه إليه.

قال: ولو كاتبه وهو نصراني ثم أسلم، فبيع عليه كتابته، ثم أدى فعتق، فإن أسلم مولاه الذي كاتبه رجع إليه ولاؤه، ولا يشبه هذا أن يعقد الكتابة والعبد مسلم.

وقال الليث: إذا أسلم مكاتب النصراني أو مدبره، بيعا جميعاً ممن يعتقهما.

قال أبو جعفر: إذا أعتق على النصراني فولاؤه له؛ لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، كما يلحق به النسب، كذلك الولاء.

[٢١٢٠] في بيع المكاتب:

قال أبو جعفر: روى أسد بن الفرات عن محمد وأبي[٢] يوسف، عن

(١) في (م): (بيع) فقط.

(٢) في (م): (عن أبي يوسف).

[٣٧٨] أبـي حنيفة / إذا باع مكاتباً، فأعتقه المشتري، فعتقه باطل، وبيعه باطل، وهو مكاتب كما كان، فإن قال المكاتب: قد عجزت وكسرت الكتابة، فباعه المولىٰ، فبيعه جائز، ولم يحك خلافاً.

وسمعت ابن أبـي عمران يحكي عن أبـي يوسف في أماليه: أن المكاتب إذا بيع برضاه بذلك قبل عجزه عن الكتابة[1]، أن بيعه جائز، وإن بيع بغير رضاه، لم يجز بيعه.

وقال ابن القاسم عن مالك: لا يباع رقبة المكاتب وإن رضي المكاتب؛ لأن الولاء قد ثبت للذي عقد الكتابة، فإن فات ذلك حتى يعتق، لم أرده، ولا ولاؤه للذي اشتراه وأعتقه؛ لأن ذلك عندي رضى من العبد بفسخ الكتابة، وقد دخله عتق.

وقال عثمان البتي، والثوري، والشافعي: لا يباع المكاتب.

قال أبو جعفر: روى ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة (أن بريرة كانت مكاتبة، جاءت تستعينها في كتابتها، فقالت لها عائشة: ارجعي إلى أهلك، فإن أحبوا أن أعطيهم ذلك جمعاً، ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت إلى أهلها، [٧١/ب] فعرضت ذلك عليهم، فأبوا، وقالوا: إن شاءت أن تحتسب فلتفعل، ويكون / ولاؤك لنا، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: لا يمنعك ذلك منها، ابتاعي وأعتقي، فإنما الولاء لمن أعتق).

فذكر في هذا الحديث أن النبـي ﷺ أمرها بشرائها وعتقها، وذلك كان برضىٰ بريرة، وهذا يدل على ما ذكرناه عن أبـي يوسف في جواز شراء المكاتب برضاه، وعلى أنه لم يقل اشتريها وهي مكاتبة، وهذا محمول على الحال التي يجوز فيها بيعها.

---

(١) في (م): (المكاتبة).

[٢١٢١] في ابتياع كتابة المكاتب:

قال أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي: لا يجوز بيع كتابة المكاتب.

وقال ابن وهب عن مالك: يجوز بيع [كتابة][1] المكاتب، وإن هلك المكاتب ورّثه الذي اشترى كتابته جميع ماله، وإن عجز فله رقبته، وإن أدى كتابته إلى المشتري، عتق وولاؤه للذي عقد كتابته، وليس للمشتري من ولائه شيء.

وقال الليث: يجوز بيع كتابة المكاتب، فإن مات المكاتب قبل أن يؤدي كان للمشتري من ماله قدر الثمن، والفضل للذي كاتب، وإن عجز كان عبداً للذي اشترى كتابته.

قال أبو جعفر: إنما عقد البيع على مال الكتابة، فغير جائز دخول الرقبة فيه، ثم قال (الذين[2] أجازوه): إن مات المكاتب استحق المشتري كسبه، وذلك معنى[3] لم يتناوله عقد البيع، ولو اقتضاه عقد البيع لفسد العقد؛ / لأنه قد يقع [٣٧٩] على الموجود والمستفاد أيضاً، فقد قالوا: إنه لو أدّى الكتابة لم يكن للمشتري أكثر من الكتابة التي ابتاعها، وكان حراً على ملك الذي كاتب. فدل ذلك على أن عقده على الكتابة لا يقتضي دخول كسبه، ورقبته فيه.

[٢١٢٢] في المكاتب يسبى بعد الردة:

قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب فسبي، عرض عليه الإسلام، فإن أسلم وإلاّ قتل، وأدى كتابته، وما بقي فميراث لورثته.

وقال مالك، والشافعي: لا يملك العبد المكاتب ولا ماله.

---

(١) في الأصل (المكاتبة) والمثبت من (م).

(٢) في (م): (الذي أجازه).

(٣) في (م): (معين).

وقال الليث: إذا أَبَقَتْ المكاتَبَةُ إلى دار الحرب فقد نقضت كتابتها. فإذا سبت ردت إلى مولاها، وإن أَبَقَتْ إلى غير دار الحرب، فهي على كتابتها.

قال أبو جعفر: من يجعل أهل الحرب يملكون بالغلبة، فإنما يجعل ذلك فيما تحصل أيديهم عليه، ومال المكاتب لم تزل يده عنه؛ لأن المكاتب لا يملك رقبته، وكانت رقبته وماله باقيتين على حاله.

[٢١٢٣] في المكاتب يموت ويترك ولداً أو[١] والداً:

قال أبو جعفر: قال أبو حنيفة: في المكاتب يموت، ولم يدع مالاً، (ويدع)[٢] ولداً، أو والداً، أو أمهات أولاد، أو ذوي أرحام في ملكه / [٧٢/أ] فإنهم يباعون في الكتابة، واستحسن في الولد المشترىٰ، أنه إنه قال: أودى[٣] الكتابة حالة، قبلت منه، ولا يقبل ذلك من والد ولا غيره. وأما (الولد[٤] المولود) في الكتابة، فإنه يسعى على النجوم، وفي[٥] قول أبي يوسف ومحمد: كل من لا يجوز له بيعه من ذوي أرحامه ومن أمهات أولاده، فإنه يسعى على النجوم.

وقال مالك: كل من دخل في كتابة المكاتب من غير أن يعقد عليه، فإنه يسعىٰ على النجوم بعد موت المكاتب.

[٢١٢٤] في المكاتب يؤتي شيئاً من الصدقة ثم يعجز:

قال أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي: إذا عجز المكاتب، وقد أدى إلى المولىٰ بعض الكتابة من الصدقة، فإنه[٦] طيّب للمولىٰ، وكذلك لو أعتق وقد بقي في يده شيء مما تصدق به عليه، فهو له طيب.

---

(١) في (م): (ووالداً).
(٢) في (م): (وترك).
(٣) في (م): (أدى).
(٤) في (م): (الوالد والمولود).
(٥) في (م): (وهو).
(٦) في (م): (فهو).

وقال ابن القاسم عن مالك: إن دفع إليه الصدقة لا على وجه فكاك رقبته، فهي طيبة للمولىٰ بعد العجز، وإن دفعها لفكاك رقبته، فدفعها إلى المولىٰ ثم عجز، أو أدى فعتق، ففضل في يده شيء منها، فإني أرى له أن يستحلهم أو يرده عليهم.

وقال الثوري: إذا سأل المكاتب الناس وأعطوه، ثم عجز فليجعل ما أخذ منه في المكاتبين، وهو قول الحسن بن حي.

قال أبو جعفر: لا خلاف بينهم أن الصدقة على المكاتب جائزة، وأنه مباح لمولاه أخذ ذلك من كتابته، وإن كان ممن لا تحل له الصدقة، فلا يجوز أن يحرم ذلك عليه لعجز المكاتب، كما أن فقيراً لو تصدق عليه، ثم استغنى، لم تحرم عليه تلك الصدقة، وكذلك إذا عتق ففضل في يده شيء.

[٢١٢٥] في المكاتب يموت ويترك وفاء:

قال أبو حنيفة وأصحابه، وابن أبي ليلىٰ، وابن شبرمة، وعثمان البتي، والثوري، والحسن بن حيّ: إذا مات المكاتب وترك وفاء، أديت كتابته[١] وعتق، وما بقي فهو ميراث لورثته، فإن لم يترك وفاء، وترك ولداً ولد في كتابته، (يسعوا)[٢] فيها على النجوم.

وقال مالك والليث: إن ترك ولداً قد دخلوا في كتابته، يسعوا فيها على النجوم، وعتق المكاتب وولده، وإن لم يترك من دخل في كتابته، فقد مات عبداً، لا تؤدّى كتابته من ماله، وجميع ماله للمولىٰ.

وقال الشافعي: إذا مات وقد بقي عليه درهم، فقد مات عبداً، لا يلحقه عتاق بعد ذلك.

---

(١) في (م): (بمكاتبته).
(٢) في (م): (سعوا).

قال أبو جعفر: روي عن عليّ، وزيد بن ثابت، وابن الزبير: تؤدي كتابته بعد موته، ويعتق.

وروي عن عمر، وعليّ: أن جميع ماله لسيده، ولا تؤدى منه كتابته.

قال أبو جعفر: لا يختلفون أنه إذا علق عتقه بشرط، ثم مات العبد قبل وجود الشرط، أنه يبطل، ولا يلحقه عتاق بعد موته، كذلك المكاتب عتقه معلق بأداء المال، فإذا مات قبل الأجل[1]، بطلت الكتابة والعتق، إلاَّ أنهم قد اتفقوا على أنه لو علق عتقه بفعل للمولىٰ، وجعله شرطاً فيه، ثم مات المولىٰ، بطل ذلك، ولم يعتق به أبداً. / واتفقوا على أن موت المولىٰ لا يبطل الأداء من جهة العبد، ولا تبطل الكتابة، كذلك لا يبطله موت العبد، وصار بمنزلة البيع، وفارق الأيمان في بطلانها[2] بموت أحدهما. [٧٢/ب]

فإن قيل: كيف يعتق بعد الموت.

قلنا[3] له: إذا أدّى، حكم بعتقه قبل الموت [بلا][4] فصل، كما لو مات رجل وترك ابنين وألف درهم، وعليه دين ألف درهم، أنهما لا يرثانه. فإن مات أحد الابنين ثم برأ[5] الغريم من الدين، أخذ ابن الميت منهما حصته ميراثاً عن أبيه، وإن لم يكن مالكاً له يوم الموت، ولكنه جعل في حكم من كان مالكاً؛ لتقدم سببه، كذلك المكاتب يعتق بالأداء قبل الموت، بلا فصل.

[٢١٢٦] في المكاتب متى يعتق؟

قال أبو حنيفة وأصحابه، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وعثمان البتي، ومالك، والشافعي، والأوزاعي، والليث: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم لا يعتق إلاَّ بأداء جميع الكتابة.

---

(١) في (م): (الأداء).

(٢) في (م): (بطلانهما).

(٣) في (م): (قيل).

(٤) في الأصل (ولا) والمثبت من (م).

(٥) في (م): (أبرأ).

وروى الأشجعي عن الثوري قال: إذا أدى المكاتب النصف أو الثلث من كتابته، فالأحب إلي أن لا يرد إلى الرق لما جاء فيه.

وروي عن الشعبي قال: كان عبد الله وشريح يقولان في المكاتب: إذا أدى الثلث، فهو غريم.

وروى المغيرة عن إبراهيم قال: قال عبد الله إذا أدى المكاتب قيمة رقبته فهو غريم.

وروى جابر بن سمرة عن عمر رضي الله عنه قال: إذا أدى المكاتب النصف فهو غريم.

وقالت عائشة، وأم سلمة، وزيد بن ثابت: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم.

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: (المكاتب عبد ما بقي عليه [من كتابته] درهم)[1].

وروى حمّاد بن سلمة، عن أيوب، عن عكرمة، عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: (يؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر، وما يبقى دية عبد)[2].

وروى حجاج الصواف، عن يحيى بن أبي كثير، عن عكرمة، عن ابن عباس عن النبي ﷺ مثله.

وروى حماد بن سلمة، عن أيوب، عن عكرمة، عن النبي ﷺ مثله، ولم يذكر ابن عباس[3].

قال أبو جعفر: لما اتفقوا أنه لا يعتق بنفس الكتابة، أشبه البيع

---

(١) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، بسنده بمثله، ٣/ ١١١؛ وأبو داود في العتق، في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت (٣٩٢٦).

(٢) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٣/ ١١٠.

(٣) معاني الآثار، ٣/ ١١٠، ١١١؛ وانظر الآثار بالتفصيل: معاني الآثار، ٣/ ١١٠ ــ ١١٣.

أو[1] الرهن؛ لأنه لا يستحق القبض إلَّا بعد أداء جميع الثمن أو الدين.

[٢١٢٧] في وطء المولىٰ مكاتبته:

قال أصحابنا، والثوري، والحسن بن حي، والشافعي: إذا وطىء المولىٰ مكاتبته، طائعة، أو مستكرهة، فلا حد عليه، وعليه المهر.

وقال ابن القاسم عن مالك: [2]لا شيء عليه من المهر، ويعزّر إن كان عالماً، سواء كانت طائعة أو مستكرهة.

[٧٣/أ] وقال في موضع آخر: إذا اغتصبها، فعليه ما نقصها / .

وقال الأوزاعي: إذا كانت مستكرهة، ضرب الحد، ولها صداق مثلها، وتمضي على كتابتها، وإن كانت طاوعته، ضربت خمسين جلدة، ولا صداق لها، وتمضي على كتابتها.

[٣٨٢] وقال ابن وهب عن الليث: إن كانت / طاوعته، فذلك فسخ لكتابتها، وإن أكرهها فإنه يعاقب عقوبة موجعة. وتعتق مكانها.

وقال أبو [جعفر][3]: لا حد عليه؛ لأن له فيها رقاً، ويجب عليه المهر، كما يجب على غريب لو وطئها بشبهة؛ لأنها أحق بكسبها وأرش جراحتها، ولا تعتق؛ لأن الوطء ليس بعتق، وليس بعجز؛ لأنها لم تعجز.

[٢١٢٨] في الصلح من الكتابة:

قال أبو حنيفة ومحمد: إذا كاتبه على ألف درهم إلى سنة، ثم صالحه على خمسمائة حالة، أنه جائز.

وقال أبو يوسف في الإملاء: لا يجوز.

---

(١) في (م): (والرهن). انظر: معاني الآثار، ٣/١١٣.
(٢) في (م) زيادة: (أنه).
(٣) في الأصل (أبو حنيفة) والمثبت من (م).

وقالوا جميعاً في الدين على غير مكاتبه: إنه لا يجوز على هذا الوجه، وقال زفر: في الأجنبي أيضاً.

وقال مالك: مثل قول أبي حنيفة في المكاتبة، وفي دين الأجنبي، ووافقه في المسألتين جميعاً.

وقال الثوري، وعثمان البتي: لا يجوز أن يقول لغريمه: عجل لي وأضع عنك، وكذلك قال البتي في الكتابة، وكذلك قال الشافعي، وقال المزني قال: في هذا الموضع وتعجل، لا يجوز، وأجازه في الدين.

وقال أبو جعفر: روي عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأساً أن يقول: (عجل لي وأضع عنك)، وكرهه ابن عمر، وزيد بن ثابت[1].

قال أبو جعفر: كان ربا الجاهلية الذي ورد القرآن بتحريمه، تأخير الدين الحال بزيادة المال، فحظر عليهم ابتياع الآجال بالأموال، والقياس: على ذلك إذا كان عليه دين مؤجل، أن لا يجوز صلحه على بعضه حالاً؛ لأن فيه ابتياع الأجل بالمال الذي حطه. والقياس: أن لا فرق بين سائر الديون وبين الكتابة.

[٢١٢٩] في عجز المكاتب:

قال أبو حنيفة ومحمد: في المكاتب يعجز، فيقول: أخروني وقد أجل بنجم، قال: إن كان له مال حاضر، أو مال غائب، يرجو قدومه، أخره يومين أو ثلاثة، لا يزيده على ذلك شيئاً، وإلاَّ رد في الرق.

وقال أبو يوسف: لا أرده حتى يتوالى عليه نجمان.

وقالوا جميعاً: لو رده في الرق برضاه، جاز.

---

(١) انظر الآثار بالتفصيل: مصنف عبد الرزاق، ٨/ ٧١ ـ ٧٥؛ السنن الكبرى للبيهقي، ٦/ ٢٨؛ الموطأ، ٢/ ٢٧٢.

وقال ابن أبي ليلىٰ: لا أرده في الرق حتى يتوالى عليه نجمان، ولا يكون عجزه إلاَّ عند القاضي.

وقال مالك: إذا كاتبه على نجوم إلى (آجال سماها)[1]، وإلاَّ فلا كتابة له، فليس محو كتابة العبد بيد السيد بما شرط، ويتلوم للمكاتب إن (جاء)[2] الأجل، فإن أعطاه كان على كتابته، ولا يكون عاجزاً إلاَّ عند [السلطان][3]، / والشرط أنه يكون عاجزاً دون السلطان باطل. [٧٣/ب] [٣٨٣]

قال: وإذا كان للمكاتب مال ظاهر، فليس له أن يعجّز نفسه، قال: ويكون عجز المكاتب دون السلطان عجزاً، إذا لم يكن له مال معروف، وإنما الذي لا يكون عجزه إلاَّ عند السلطان، هو الذي تحل نجومه، ويقول: أنا أودي، ولا يعجّز نفسه، فيريده سيده أن يعجّزه، فهذا يتلوم له السلطان، فإن رأى وجه أداء، تركه على نجومه، وإن لم ير له وجه أداء عجّزه.

وقال الثوري: قال بعضهم: يعجّز إذا أخل بنجم، ومنهم من يقول إذا أخلّ بنجمين، والاستثناء فيه أحب إليّ.

وقال المعافى عن الثوري: إذا عجز المكاتب فقال: قد عجزت صار عبداً، ويعجبني أن يكون العجز عند السلطان، فإن كان دونه فجائز.

وسئل الأوزاعي عن المكاتب يعجز كم يؤجل حتى يرد إلى الرق؟ قال: ذلك إلى رأي الإمام.

وقال عثمان البتي: في المكاتب إذا كوتب، واشترط سيده عجزه، فسيده على شرطه فيه.

---

(١) في المدونة: (أجل سماه)، ٣/ ٢٣٣.
(٢) في (م): (أرجأ)، وفي المدونة: (حلّ).
(٣) في الأصل (القاضي) والمثبت من (م) والمدونة.

وقال الحسن بن حي: إذا توالى عليه نجمان، فلم يؤدهما، رد في الرق، ولا يرد حتى يتوالى عليه نجمان، وإن تراضى السيد والمكاتب أن يرجع في الرق، رجع في الرق دون السلطان، وإن لم يعجز.

وقال الليث: إذا دخل عليه بعض نجومه، فلم يأت به، لم يعجل عليه، وينتظره السلطان، فإن رأى له وجه مكسب، أخّره لذلك وإن لم ير له حرفة، ولا وجه مكسب يكون قريباً، رده في الرق.

وقال المزني عن الشافعي: ليس [للسيد][1] أن يفسخ كتابته حتى يعجز عن أداء نجم، فيكون له فسخها بحضرته إن كان ببلده، فإذا قال: ليس عندي مال، [فأشهد أنه قد عجزه بطلت][2] كان عند السلطان أو غيره، ولا ينظره السلطان (وإن شاء ذلك إلّا)[3] يحضره ماله، يبيعه مكانه[4] فينظره قدر بيعه، فإن حل عليه نجم في غيبته، فأشهد سيده، أن قد عجزه، أو فسخ مكاتبته[5]، فهو عاجز، ولا يعجزه السلطان إلاّ أن يثبت[6] عنده حلول نجم من نجومه.

قال أبو جعفر: لما جازت الكتابة بدءاً عند غير سلطان، جاز العجز عنها كذلك؛ وقد روي عن ابن عمر، وجابر بن عبد الله، ويعلى بن أمية، جواز العجز دون السلطان، ولم يرو عن غيرهم من الصحابة خلافه.

وكما جازت الإقالة في البيع عند غير السلطان، كذلك الكتابة إذا حل عليه

---

(١) في الأصل، وم، (للمكاتب)، والمثبت من نص المزني، ص ٣٣١.
(٢) في الأصل (فاشهدوا إني قد عجزته)، وفي (م): (عجزت)، والمثبت مع الزيادة من نص المزني، ص ٣٣١.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من (م) والمزني.
(٤) في المزني زيادة (إلى المدة).
(٥) في المزني (كتابته).
(٦) في المزني (إلاّ أن تثبت بينة على حلول نجم. . .).

نجم، فلم يمكنه أداؤه، صار كمن عليه ثمن بيع فيبيعه السلطان عليه، أو يحبسه حتى يبيعه، أو يفسخ البيع، ولا ينتظر به معنى آخر، كذلك الكتابة إذا حلت، وتعذر عليه الأداء، وجب فسخها. / [٣٨٤]

آخر كتاب المكاتب

● ● ●

كتاب الفرائض

[٢١٣٠] في الحجب بمن لا يرث[١]:

قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وزيد بن ثابت: من لا يرث لا يحجب[٢]. وذلك: نحو الإخوة الكفار مع الأم، والابن الكافر معها، و[مع][٣] المرأة، أو الزوج أنهم لا يحجبون، ولا يرثون.

وقال عبيد الله: يحجبون وإن لم يرثوا.

وقال أبو حنيفة وأصحابه، ومالك، والثوري، والشافعي: المملوك، والمشرك، والقاتل، لا يرثون ولا يحجبون.

وقال الأوزاعي، والحسن بن حي: المملوك، والكافر لا يرثان ولا يحجبان، والقاتل لا يرث، ويحجب[٤].

قال أبو جعفر: لا يختلفون أن الأب الكافر لا يحجب ابنه المسلم من ميراث ابنه المسلم، وأنه بمنزلة الميت، كذلك من ذكرنا.

---

(١) انظر: المبسوط، ٢٩/١٣٨؛ الكافي، ص ٥٥٩، ٥٦٠؛ المزني، ٣٨.
(٢) انظر السنن الكبرى، ٦/٢١٨؛ .
(٣) الزيادة من (م).
(٤) في (م): (ولا يحجب).

[٢١٣١] في ميراث المرتد[١]:

قال أبو حنيفة، والثوري: ما اكتسبه قبل الردة، فهو لورثته من المسلمين، وما اكتسبه بعد الردة، فهو فيء.

وقال ابن شبرمة، وأبو يوسف، ومحمد، والأوزاعي في إحدى الروايتين: ما اكتسبه قبل الردة وبعدها، فهو لورثته من المسلمين.

وقال مالك والشافعي: جميع ماله فيء.

قال أبو يوسف: وبلغنا عن علي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود، وزيد بن ثابت، أنم قالوا: ميراث المرتد لورثته المسلمين[٢].

قال أبو جعفر: روى سفيان، ويونس، عن الزهري، عن علي بن حسين، عن عمرو بن عثمان، عن أسامة بن زيد قال: قال: قال رسول الله ﷺ (لا يرث الكافرُ المسلمَ، ولا يرث المسلمُ الكافرَ)[٣]. وذكره مالك عن الزهري بإسناده من قول أسامة غير مرفوع.

قال أبو جعفر: واحتج من جعل ماله فيئاً بهذا الحديث. وقال الآخرون: المراد بهذا: الكافر الذي يقر على كفره (ويرث مثله، فأما المرتدون فلم يدخلوا فيه؛ لأنهم غير مقرين على كفرهم)[٤] ولا يرث بعضهم بعضاً، (كما يتوارث سائر الكفار بعضهم من بعض)[٥].

---

(١) انظر: المبسوط، ٣٠/٣٧، ٣٨؛ المدونة، ٣/٣٨٨؛ الكافي، ٥٥٨؛ المزني، ص ١٤٠.

(٢) انظر: مصنف عبد الرزاق، ٦/١٠٦؛ المحلى، ٩/٣٠٥، ١١/١٩٧؛ السنن الكبرىٰ، ٦/٢٥٤.

(٣) أخرجه البخاري، في الفرائض، لا يرث المسلم الكافر، (٦٧٦٤)، ومسلم، في الفرائض (١٦١٤)؛ ومالك في الموطأ، ٢/٥١٩.

(٤) ما بين القوسين سقطت من (م).

(٥) ما بين القوسين سقطت من (م).

ويدل على ذلك ما روى هشيم، عن الزهري، قال حدثنا علي بن حسين، عن عمرو بن عثمان، عن أسامة بن زيد قال: قال رسول الله ﷺ: (لا يتوارث أهل ملتين: لا يرث المسلمُ الكافرَ، ولا يرث الكافرُ المسلمَ)[1].

وكان في هذا الحديث هذه الزيادة، فدل على أن المراد بالحديث الأول الكافر الذي له ملة يقر[2] عليها.

وروي عن علي رضي الله عنه / (أنه قتل المستورد وكان مرتداً، وجعل ماله لورثته من المسلمين)[3]. [٣٨٥]

وروى القاسم بن عبد الرحمن، عن عبد الله بن مسعود قال: (مال المرتد لورثته)[4].

وروي عن الحسن وسعيد بن المسيب مثل ذلك /[5]. [٧٤/ب]

فإن قيل: كما لا يرثنا المرتد، لا نرثه.

قيل له: إنما لم يرثنا عقوبة له، كما يقتل عقوبة، وقد لا يرث القاتل من المقتول، ويرث لو مات القاتل قبله بعد جراحته.

وأيضاً قد اتفقوا على أن مستهلك مال المرتد في (جناية)[6] يضمنه، وأنه ليس بمنزلة مال الحربي، فدل ذلك على بقاء حكم ماله على ما كان عليه قبل الردة، فينبغي أن يستحقه بعد موته [من][7] كان يستحقه لو مات قبل الردة.

---

(١) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٣/ ٢٦٦.
(٢) في (م): (ويقر).
(٣) أخرجه الطحاوي، ٣/ ٢٦٦؛ عبد الرزاق، ٦/ ١٠٤، ١٠/ ١٦٩.
(٤) في الطحاوي بلفظ (إذا مات المرتّد ورثه ولده) بالسند نفسه، ٣/ ٢٦٦.
(٥) انظر: معاني الآثار، بالتفصيل، ٣/ ٢٦٧.
(٦) في (م): (حياته).
(٧) الزيادة من (م).

فإن قيل: روى البراء بن عازب قال: مرّ بي خالي أبو بردة، ومعه الراية، فقلت إلى أين تذهب؟ فقال: (أرسلني رسول الله ﷺ إلى رجل نكح امرأة أبيه أن أقتله، وآخذ ماله)[1]. فهذا يدل على أن ميراث المرتد فيء.

قيل له: إنما فعل ذلك؛ لأن الرجل كان محارباً مع استحلاله لذلك (حربياً)[2]، فكان ماله مغنوماً؛ لأن الرايات إنما تعقد للمحاربة.

وقد روى معاوية بن قرة عن أبيه (أن النبي ﷺ بعث جد معاوية إلى رجل عرس بامرأة أبيه، أن يضرب عنقه، ويخمس ماله)[3]. فهذا يدل على أن مال ذلك الرجل كان مغنوماً بالمحاربة، ولذلك أخذ منه الخمس.

[٢١٣٢] في ميراث القاتل[4]:

قال أبو حنيفة: لا يرث قاتل عمد ولا خطأ إلاَّ أن يكون صبيّاً أو مجنوناً، فلا يحرم الميراث.

وقال ابن وهب عن مالك: لا يرث القاتل من دية من قتل شيئاً، ولا من ماله، وإن قتله خطأً لم يرث من ديته، ويرث من سائر ماله وهو قول الأوزاعي.

وقال عثمان البتي: قاتل الخطأ يرث، ولا يرث قاتل العمد.

وقال ابن شبرمة: لا يرث قاتل الخطأ.

وقال الثوري: لا يرث القاتل من مال المقتول ولا من ديته.

وذكر المزني عن الشافعي: أنه إذا قتل الباغي العادلَ، أو العادل الباغيَ، لا يتوارثان؛ لأنهما قاتلان.

---

(١) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٣/١٤٨.

(٢) ساقطة من (م).

(٣) أخرجه الطحاوي، ٣/ ١٥٠.

(٤) انظر: المبسوط، ٣٠/٤٦؛ الكافي، ص ٥٥٩؛ تفسير القرطبي، ١/٤٥٦، ٥/٥٩.

قال أبو جعفر: روى حفص[1] بن ميسرة، قال حدثني عبد الرحمن بن حرملة، عن عدي [الجذامي][2] قال: (قلت يا رسول الله كانت لي امرأتان فاستبتا[3] فرميت[4] إحداهما فماتت، فقال: اعقلها ولا ترثها). ورواه وهيب بن عبد الرحمن بن حرملة بإسناده وقال فيه: فرميت إحداهما بحجر، وذكر مثله.

وروى خلاس (أن رجلاً رمى رجلاً بحجر، فأصاب أمه فقتلها، فغرمه عليّ [عليه السلام] الدية، ونفاه من الميراث، وقال: إنما حظك من ميراثها الحجر)[5].

وروى قتادة، عن أبي المليح (أن عرفجة حذف ابنه بالسيف، فأصاب رجله، فقتله، فغرمه عمر الدية مغلظة، ونفاه من ميراثه، وجعل ميراثه لأمه وأخيه)[6] / . [٧٥/أ]

وروي عن ابن عباس في قاتل الخطأ: أنه لا ميراث له.

قال أبو جعفر: فاتفق عمر، وعلي، وابن عباس [رضي الله عنهم]: أن القاتل لا يرث من المقتول دية ولا غيرها[7].

[٢١٣٣] في الباغي يقتل العادل:

قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قتل الباغي العادلَ، وقال: كنت على حق في رأيي حين قتلته، لم أورثه منه، [وإن قال: كنت على حق في رأيي حين قتلته][8]

(١) في (م): (جعفر) والمثبت هو الصحيح كما في سنن البيهقي، ٦/٢١٩.

(٢) في الأصل (الحزابي) والمثبت من م، كما في رواية البيهقي، وهو (عدي بن زيد الجذامي) التقريب، ص ٣٨٨.

(٣) في (م): (فاقتتلتا) وكذا في السنن الكبرى.

(٤) في السنن الكبرى (فرمىٰ).

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ، ٦/ ٢٢٠.

(٦) أخرجه الإمام أحمد، ١/٤٩؛ البيهقي في السنن الكبرىٰ، ٦/٢١٩.

(٧) انظر: السنن الكبرىٰ، ٦/٢١٩، ٢٢٠.

(٨) الزيادة من (م).

[وأنا الآن[1] على حق، ورثته، وأقدت الباغي في الوجهين جميعاً][2] (وقال أبو يوسف: لا أورث الباغي في الوجهين جميعاً)[3].

وأما العادل، فإنه يرث الباغي في قولهم جميعاً.

وقال الشافعي: أيهما قتل صاحبه، لم يرثه.

قال أبو جعفر: لا نعلم خلافاً أن القاتل على وجه القود الواجب له، يرث من المقتول، وكذلك المرجوم في الزنا، يرثه من رجمه؛ لأنه قتله بحق، كذلك العادل إذا قتل الباغي، وإذا ثبت ذلك، ورث الباغي العادل المقتول أيضاً؛ لأنه في حكم القتل المستحق في باب أنه لا يجب به قود ولا ديّة، فكان بمنزلة من قتله بحق.

[٢١٣٤] في ولاء الموالاة[4]:

قال أصحابنا: من أسلم على يدي رجل ووالاه وعاقده، ثم مات، ولا وارث له غيره، فميراثه له.

وقال مالك، وابن شبرمة، والثوري، والأوزاعي، والشافعي: ميراثه للمسلمين.

وقال يحيى بن سعيد: إذا جاء من أرض العدو، فأسلم على يده، فإن ولاءه لمن والاه، ومن أسلم من أهل الذمة على يدي رجل مسلم، فولاؤه للمسلمين عامة.

وقال الليث: من أسلم على يدي رجل فقد والاه، وميراثه للذي أسلم على يده، إذا لم يدع وارثاً غيره.

---

(١) في (م) زيادة (وأنا الآن).

(٢) الزيادة من (م).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٤) انظر: المبسوط، ٣٠/٤٣.

قال أبو جعفر: روى عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز، عن عبد الله بن مَوْهَب، عن قَبِيصة بن ذؤيب، عن تميم الداري قال: سألت رسول الله ﷺ عن الرجل يسلم على يدي الرجل؟ قال: (هو أولىٰ الناس به بمحياه ومماته)[1].

قال [عبد العزيز][2]: شهدت عمر بن عبد العزيز: قضى بذلك في رجل أسلم على يدي رجل مسلم، فمات وترك مالاً و[بنتاً] فأعطى [البنت] النصف، والذي أسلم على يديه النصف.

قال أبو جعفر: روى أبو عاصم النبيل، عن ابن جريج، عن أبـي الزبير، عن جابر قال: (كتب النبـي ﷺ على كل بطن عُقُوله، وقال: لا يتولىٰ مولىٰ قوماً إلاَّ بإذنهم)[3] قال: ووجدت في صحيفته لَعْنَ من فعل ذلك). فأباح النبـي ﷺ موالاتهم بإذنهم.

وروى قتادة، عن سعيد بن المسيب قال: من أسلم على يد قوم ضمنوا جرائره، وحل لهم ميراثه.

وروى معمر عن الزهري أنه سئل عن رجل أسلم، فوالىٰ رجلاً هل بذلك

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ، ١٠/٢٩٦؛ وأبو داود، في الفرائض، الرجل يسلم على يدي الرجل (٢٩١٨) والترمذي نحوه (٢١١٣) وقال: لا نعرفه إلاَّ من حديث عبد الله بن وهب. . .) وابن ماجه (٢٧٥٢)، وغيرهم.
هذا وقد تكلم المحدثون في سنده فقال الشافعي «هذا الحديث ليس بثابت إنما يرويه عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز، عن ابن موهب، عن تميم الداري، وابن موهب ليس بمعروف عندنا، ولا نعلمه لقي تميماً، ومثل هذا لا يثبت، لأنه من قبل مجهول، ولا أعلمه متصلاً». السنن الكبرى.
انظر ما ورد في علل هذا الحديث، ومناقشة الشيخ الغماري لذلك، الهداية في تخريج أحاديث البداية، ٨/٣٠٥ ــ ٣١٢.

(٢) في الأصل (أبو جعفر)، والمثبت من م.
(٣) أخرجه مسلم (١٥٠٧).

بأس؟ قال: لا بأس به، قد أجاز ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه[1].

وقال ربيعة بن أبـي عبد الرحمن: إذا أسلم كافر على يدي رجل مسلم بأرض العدو، أو بأرض المسلمين، فميراثه للذي أسلم على يديه / . [٧٥/ب]

[٢١٣٥] في ميراث المولىٰ الأسفل من الأعلى[2]:

قال أبو جعفر: حكى الحسن بن زياد عن أصحابه: أنهم لا يورثون[3] المولىٰ الأسفل [من][4] الأعلى، وإنهم يعقلون عنهم، وإن لم يرثوهم.

قال الحسن: وقلت أنا يعقلون ويرثون بالحديث الذي جاء عن النبي ﷺ (أنه ورث المولىٰ من أسفل)[5].

قال أبو جعفر: وقال مالك، والثوري، ومحمد بن الحسن، والشافعي، وسائر أهل العلم مثل قول أبـي حنيفة في الميراث.

قال أبو جعفر: روى حماد بن سلمة، وحماد بن زيد، ووُهَيب[6] بن خالد، ومحمد بن مسلم الطائفي، عن عمرو بن دينار، عن عوسجة مولى ابن عباس، عن ابن عباس (أن رجلاً أعتق عبداً له، فمات المعتق ولم يترك إلاَّ المعتَق، فجعل رسول الله ﷺ ميراثه للغلام المعتَق)[7].

---

(١) انظر: اختلاف أبـي حنيفة وابن أبـي ليلىٰ، ص ٨٨؛ المحلى، ١١/٥٨.

(٢) في (م): (المولىٰ)، انظر: المبسوط، ٣٠/٣٨.

(٣) في (م): (يرثون).

(٤) الزيادة من م.

(٥) أخرجه الترمذي من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، في الفرائض، ميراث المولىٰ الأسفل، (٢١٠٦) وقال: «هذا حديث حسن والعمل عند أهل العلم: إذا مات ولم يترك عصبة فميراثه لبيت مال المسلمين».

(٦) في (م): (وهب).

(٧) الحديث سبق تخريجه هامش (٥).

وقال أبو جعفر: وليس هذا الحديث بمعارض[1]، ولما وجدنا الأسباب التي تجب بها الميراث هي الولاء، والنسب، والنكاح، ثم كان ذوو الأسباب يتوارثون، وكذلك الزوجات وجب أن يكون الولاء من حيث أوجب الميراث للأعلى من [الأسفل][2]، أن يوجبه (للأسفل)[3] من الأعلىٰ.

[٢١٣٦] في اللقيط[4]:

قال أصحابنا ومالك: اللقيط ولاؤه لجماعة المسلمين، يرثونه ويعقلون عنه، وهو حر.

وقال الشافعي: لا ولاء له، وميراثه لجماعة المسلمين.

وقال الليث: ولاء المنبوذ للذي يجده، وبذلك قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه[5].

قال أبو جعفر: روى بقية بن الوليد عن سليمان بن أبي[6] سليمان عن عمر [بن رُؤْبة][7].

ورواه إسحاق بن راهوية، عن محمد بن حرب الأبرش، عن عمر بن رُؤْبة، عن عبد الواحد بن عبد الله النصري، عن واثلة بن الأسقع قال: قال

---

(١) في (م): (معارض وأنا).
(٢) في الأصل (أسفل) والمثبت من م.
(٣) في (م): (الأسفل).
(٤) انظر: المبسوط، ١٠/ ٢١٣؛ المدونة، ٣/ ٣٦٨؛ الإشراف، ١/ ٣٠٥. «اللقيط: بمعنى الملقوط، أي الشيء المأخوذ من الأرض وشرعاً: اسم لما يطرح على الأرض من الأطفال فراراً من تهمة الزنا». التوقيف، (اللقطة).
(٥) الموطأ، ٢/ ٢٣٨؛ عبد الرزاق، ٩/ ١٤؛ المحلى، ٨/ ٢٧٤، البخاري، في الشهادات، إذا زكى الرجل كفاه.
(٦) في (م): (ابن سليم).
(٧) في الأصل (عمرو يرويه) والمثبت من (م). انظر: التقريب، ص ٤١٢.

رسول الله ﷺ: (المرأة [تحرز][1] ثلاثة مواريث: عتيقها، ولقيطها، وولدها الذي تلاعن[2] عليه). فهذا حجة الليث بن سعد في وجوب ولاء اللقيط للملتقط؛ لأنه لا يستحق ميراثه إلاَّ بثبوت ولائه منه، غير أن هذا الحديث / إنما يدور على عمر بن رؤبة، وليس هو بالمشهور، ولا يثبت مثله. [٣٨٨]

وروى الزهري عن [سنين][3] أبي جميلة، أن عمر قال له في المنبوذ الذي وجده: هو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته.

قال أبو جعفر: تأوّل محمد بن الحسن هذا الحديث على أن عمر عقد له ولاءه كما كان يعقده اللقيط على نفسه[4] لو كان بالغاً. وهذا جائز للإمام أن يعقده عليه.

[٢١٣٧] في مواريث المجوس[5]:

قال أبو جعفر: كان عليّ وعمر رضي الله عنهما يورّثان / المجوس بالسببين جميعاً نحو][6] أن يكون أمّاً[7] وأختاً، ورثتهما[8] ميراث الأم والأخت [٧٦/أ]

---

(١) في الأصل (تجر)، والمثبت من أبي داود وغيره؛ في الترمذي وابن ماجه: (تجوز).

(٢) في (م): (الذي تلاعن عنه) وفي أبي داود (الذي لاعنت عنه)، وفي الترمذي وابن ماجه: (لاعنت عليه).
أبو داود، في الفرائض، ميراث ابن الملاعنة (٢٩٠٦)؛ والترمذي، في الفرائض، ما يرث النساء من الولاء (٢١١٥) وقال: «هذا حديث حسن غريب لا يعرف إلاَّ من هذا الوجه من حديث محمد بن حرب»؛ ابن ماجه (٢٧٤٢)؛ والبيهقي في السنن وقال «هذا غير ثابت قال البخاري عمر فيه نظر»، انظر: ٦/ ٢٤٠، ٢٤١ وذيله الجوهر النقي.

(٣) في الأصل (سنا بن)، وفي (م): (منبه) والمثبت من رواية مالك في الموطأ، ٢/ ٧٣٨؛ والبخاري، في الشهادات، إذا زكى رجل كفاه، مع فتح الباري، ٥/ ٢٧٤؛ وعبد الرزاق، ٩/ ١٤.

(٤) في (م): (ولو).

(٥) انظر: المبسوط، ٣٠/ ٣٣، ٣٤؛ المزني، ص ١٤١؛ الكافي، ٥٨.

(٦) في الأصل (يجوز) والمثبت من م.

(٧) في (م): (أو).

(٨) في (م): (ورثاهما).

جميعاً، وكذلك جميع المواريث، وهو قول أبـي حنيفة وأصحابه، والثوري، والحسن بن حيّ.

وقال مالك والشافعي: لا يرث بالسببين، ولكنه يورث بآكدهما، نحو أن يكون أماً وأختاً لأب، فتورّث: [بأ]نها[1] أم، لأنها لا تسقط بحال، ولا تورث [بأ]نها[2] أخت؛ لأنها قد تسقط في حال.

قال أبو جعفر: لما كان يحرم السبب الذي به ثبت النسب من الوجهين اللذين ذكرناهما في المجوس، لم يمنع ثبوت النسب من الوجهين مع حظر السبب، لم يحل بعد ذلك من أحد الوجهين[3]، إما أن يجعل ثبوت النسب من الوجهين موجباً له حكماً بالاجتماع، ذلك مخالفاً لحكمه لو انفرد كل واحد منهما: كأخت لأب وأم قد اختصت بحكم دون الأخت من الأم، والأخت من الأب، ولم يعط ميراث الأخت للأم على حياله. فلما اتفقوا على أن لا[4] يثبت إذا كانت أختاً، لم تختص بميراث، خلاف ميراثها لو انفردت بكل واحد منهما، ثبت أنها تورث بالسببين جميعاً. وتصير كأنه ترك أختاً على حدة وبنتاً على حدة، وقد اتفق فقهاء الأمصار في ابني عم: أحدهما أخ لأم؛ لأن للأخ من الأم السدس، والباقي بينهما بالسوية، وهو قول عليّ، وزيد بن ثابت، وإن كان قد خالف فيه عمر، وعبد الله، وجعل الأخ من الأم أولىٰ، فكذلك ما وصفنا.

[٢١٣٨] في مواريث الكفار بعضهم من بعض[5]:

قال أصحابنا، والثوري والشافعي، فيما رواه المزني في جامعه: يتوارثون مع اختلاف ملتهم، والكفر كله ملة واحدة.

---

(١) في الأصل (لأنها).
(٢) في الأصل (لأنها).
(٣) في (م): (وجهين).
(٤) في (م): (أن البنت).
(٥) انظر: المبسوط، ٣٠/٣١؛ المدونة، ٣/٣٨٩؛ المزني، ص ١٣٨؛ الأم، ٤/٧٣.

قال ابن القاسم: لا أحفظه عن مالك، ولكن لا يتوارث أهل ملة من ملة أخرى غيرها.

قال أبو جعفر: لما قال النبي ﷺ: (لا يرث المسلمُ الكفارَ)[1]، دل على أن الكافر يرث الكفار، ويدل عليه ما روي عنه: (لا يتوارث أهل ملتين)[2]: فدل [٣٨٩] أن الكفر [كله][3] ملة واحدة. /

[٢١٣٩] في الولد يدعيه رجلان:

قال أبو جعفر: حدثنا سليمان، عن أبيه، عن محمد، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة قال: لو أن صبيّاً ادعاه نصراني، ويهودي، ومجوسي، وأقاموا البيّنة، قضيت به لليهودي والنصراني والمجوسي، وجعلته على دين أهل الكتاب.

وفي قول أبي يوسف: يلحقه بثلثه، ويقول: ألحق بأيهم شئت.

وروى عليّ بن معبد، عن محمد قال: لو أن جارية بين أربعة جاءت بولد فادعوه جميعاً، فهو بينهم، على قياس قول عمر رضي الله عنه[4].

وقال الحسن بن زياد عن زفر: في أخوين بينهما جارية، فجاءت بابنة وادعياها معاً أنها ابنتهما، فإن ماتا جميعاً، ثم مات أبوهما وترك هذه الابنة

---

(١) الحديث أخرجه الشيخان وغيرهما من حديث أسامة بن زيد البخاري، في الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر (٦٧٦٤)، ومسلم نحوه (١٦١٤). وأصحاب السنن.

(٢) بهذا اللفظ أخرجه الترمذي من حديث جابر رضي الله عنه، في الفرائض، لا يتوارث أهل ملتين (٢١٠٨) وقال: «هذا حديث لا نعرفه من حديث جابر إلاّ من حديث ابن أبي ليلىٰ» ولكن أخرج أبو داود، بزيادة (شتى) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في الفرائض، هل يرث المسلم الكافر (٢٩١١)، وابن ماجه (٢٧٣١).

(٣) الزيادة من م.

(٤) انظر: مصنف عبد الرزاق، ٧/ ٣٦٠؛ السنن الكبرىٰ، ١٠/ ٢٦٤.

وعصبة، أنه يكون لهذه الابنة من تركته الثلثان، ويكون ما بقي (منها)[1] ميراث للعصبة / .

وقال أبو يوسف: يكون لها النصف، وما بقي فللعصبة.

قال أبو جعفر: وهذا القول الذي حكيناه عن أبي يوسف فهو قول محمد بن الحسن رواه عن أبي حنيفة، وعن أبي يوسف في كتاب الفرائض، وقول الثوري في ذلك مثل قول أبي حنيفة.

وقال ابن القاسم عن مالك: في جارية بين رجلين وطئاها في طهر واحد، وادعيا ولدها، ادعى لولدها القافة، وكذلك لو وطئها المولىٰ ثم باعها، فوطئها المشتري في ذلك الطهر، ثم ادعيا الولد، دعي له القافة، ولا فرق عنده بين أن يكونا مسلمين، أو أحدهما مسلم والآخر كافر.

قال مالك: إنما القافة في أولاد الإماء، ولا يرى القافة في الحرائر، ولو طلق رجل امرأته، فتزوّجت قبل أن تحيض، فولدت، فالولد للأول، وإن تزوّجها بعد حيضة من عدتها، فالولد للآخر وإن ولدت لستة أشهر منذ دخل بها الأخير، وإن ولدت لأقل من ذلك، فهو للأول، ولا يرى القافة في ذلك، وما استعمل فيه قول القافة: فقالوا قد اشتركا فيه: قيل هل: وال أيهما شئت[2].

وقول الليث في ذلك كقول مالك.

وقال الأوزاعي: في امرأة غلبها [رجل][3] على نفسها، ولها زوج اجتمعا عليها في طهر واحد فحملته، فإنها إذا وضعت دعي لولدها القافة، فالحقوه بالذي هو منه، وكذلك الموليان إذا وطئا جارية في طهر واحد فجاءت بولد، فإنه يرى القافة إذا ادعياه، وإن نفياه جميعاً وأنكرا أن يكونا وطئاها، لم يلحق بهما، وضربت الأمة خمسين جلدة. / [٣٩٠]

---

(١) في (م): (بينهما).

(٢) انظر: المدونة، ٣/ ٣٣٩.

(٣) زيد من (م).

وقال الشافعي فيما حكاه المزني عنه: إذا ادعاه حر وعبد مسلم مولوداً التقطوه، فلا فرق بين واحد منهم، فأريته القافة، فإن ألحقوه بواحد منهم، فهو ابنه، وإن ألحقوه بأكثر، لم يكن ابن واحد منهم[1] حتى يبلغ، فينتسب إلى أيهم شاء، فيكون ابنه، وينقطع عنه دعوى غيره.

قال أبو جعفر: من استعمل قول القائف ذهب فيه إلى حديث الزهري عن عائشة، قالت دخل عليّ رسول الله ﷺ يبرق أسارير وجهه، فقال: (ألم ترى أن مجززاً نظر آنفاً إلى زيد بن حارثة، وأسامة بن زيد، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض)[2].

وفي لفظ آخر: أنهما قد غطيا رءوسهما وعليهما قطيفة، وقد بدت أقدامهما.

قالوا: فلما ترك النبي ﷺ النكير على مجزز، دلَّ ذلك على صحة قول القائف، لولا ذلك لنهاه النبي ﷺ عنه.

قال أبو جعفر: وهذا لا حجة لهم فيه؛ لأن نسب أسامة بن زيد قد كان ثابتاً قبل ذلك، فصادف ذلك القول منه حقيقة الحكم، وإنما أعجب النبي ﷺ بصوابه، كما يظن الرجل الشيء الذي لا يحرم عليه في دينه أن يظنه [/] فيصيب حقيقته، فيعجب من فهمه. [٧٧/أ]

قال أبو بكر: ونظيره ما روي عن أبي بكر الصديق أنه قال في مرضه لعائشة: (إني كنت نحلتكِ جداد عشرين وسقاً، وإنك لم تكوني حزتيه، ولا قبضتيه، وإنما هو مال الوارث، وإنما هما أخواكِ وأختاكِ، قالت: فقلت: إنما هي أختي أسماء! فقال: (أظن ذا بطن بنت خارجة جارية)[3]. فكان كذلك،

(١) في (م): (منهما) وفي المزني جميع الضمائر بالتثنية، ص ١٣٧.
(٢) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/ ١٦٠؛ والبخاري، في المناقب» صفة النبي ﷺ، (٣٥٥٥)؛ ومسلم في الرضاع، (١٤٥٩)، وأصحاب السنن.
(٣) سبق تخريجه.

ولم يحرم عليه هذا الظن، ولم يوجب مع ذلك حكماً، كذلك قول مجزز وظنه، لم يكن منكراً إذا صادف حقيقة الأمر.

واحتجوا أيضاً، بما روى هشام بن عروة، عن أبيه، عن يحيى بن حاطب عن أبيه قال: (أتى رجلان إلى عمر بن الخطاب يختصمان في غلام من ولادة الجاهلية، يقول: هذا ابني، ويقول: هذا هو ابني، فدعا لهما عمر قائفاً من بني المصطلق، فسأله، فنظر فقال: قد اشتركا فيه فقام إليه عمر فضربه بالدرة حتى اضطجع، ثم قال للغلام: اتبع أيهما شئت)[١]. وهذا لا حجة لهم فيه: لأنه لو قبل قول القائف لألحقه بالرجلين! لأنه قال: هو منهما.

قال أبو بكر: فإن قيل: فعلى قولكم كان ينبغي أن يلحقه بهما.

قيل له: يجوز أن يكون الغلام بالغاً (فلا يثبت دعواهما إلَّا بتصديقه، فلم يصدقهما عليه؛ لأنه كان في يد نفسه وهو حر؛ ولذلك قال له اتبع أيهما شئت. وإن لم يكن الغلام بالغاً)[٢]، وكان لا محالة ممن يعبر عن نفسه، فلم يصدقهما عليه إلَّا بتصديقه، / وهو أيضاً قولنا. [٣٩١]

وقد روى شعبة[٣] عن توبة العنبري، عن الشعبي، عن ابن عمر (أن رجلين اشتركا في طهر امرأة، فولدت، فدعا عمر القافة، فقالوا: نجد[٤] الشبه منهما، قال فجعله بينهما).

قال: وروى قتادة عن سعيد بن المسيب عن عمر مثله وروى عوف بن أبي جميلة عن أبي المهلب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في رجل ادعاه رجلان، كلاهما يزعم أنه ابنه. وذلك في الجاهلية، فدعا أم الغلام فسألها؟

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ، ٢/ ٧٤٠؛ عبد الرزاق، ٧/ ٣٦٠؛ السنن الكبرى، ١/ ٢٦٣.
(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٣) في (م): (سعيد)، والمثبت هو الصحيح. انظر الخلاصة، ص ٥٥.
(٤) في (م): (أخذ).

فقالت: لا أدري لمن هو، أتاني هذا أول الليل، وهذا آخره، فدعا عمر أربعة من القافة، ودعا بتراب، فأمر المدعيين فوطىء كل واحد منهم بقدم، وأمر الغلام فوطىء بقدم، ثم دعا بالقافة واحداً واحداً، وفرق بينهم، فتتابعوا أربعتهم أنه من هذين الرجلين، فقال عمر: عجباً لما يقول هؤلاء، قد كنت أعلم أن الكلبة تلقح بالكلاب ذوات العدد، ولم أشعر النساء يفعلن ذلك قبل هذا، إني لا أرى ما يرون، اذهب فهما [أبواك][1].

وقال سعيد بن المسيب: كان عمر قائفاً، وإنما سأل القافة هل يكون الولد من رجلين، وإنما ألحقه بهما بالدعوة لا بقول القافة، وقد أوجب الله تعالى اللعان بين الزوجين إذا قذفها، ولاعن رسول الله ﷺ [٧٧/ب] [/]، ولم يعتبر قول القائف، ولو كان قول القائف يؤدي إلى حقيقة، لعمل عليه[2]. ولما وافقنا مالك على ترك اعتبار قول القائف في الحرائر، وجب مثله في الإماء.

وأيضاً اتفقوا في الأمة تدعى أن ولدها من المولىٰ أنه لا يرجع إلى قول القافة؛ لأن الناس على قولين:

فقال عمر، وابن عمر: إذا أقر بوطئها لزمه.

وقال ابن عباس، وزيد بن ثابت: لا يلزمه إلاَّ أن يقر بالنسب، ولم يعتبر أحد منهم قول القافة[3] في كونه منه، أو من غيره.

[٢١٤٠] في ميراث الغرقى[4]:

قال أبو حنيفة: روي عن أبي بكر الصديق، وزيد بن ثابت، وعمر بن

---

(١) انظر هذه الآثار بالتفصيل: السنن الكبرى، ١٠/ ٢٦٣، ٢٦٤؛ مصنف عبد الرزاق، ٧/ ٣٦٠.

(٢) في (م): (يعمل عملته).

(٣) أورد البيهقي في سننه بقوله: (ويذكر) عن ابن عباس ما دل على أنه أخذ بقول القافة، ١٠/ ٢٦٥.

(٤) انظر: المبسوط، ٣٠/ ٢٧ وما بعدها؛ الكافي، ص ٥٥٩.

عبد العزيز في الغرقى يموتون ولا يعلم أيّهم مات أولاً، أنه يورث الأحياء من الأمـوات، ولا يـورث الأمـوات بعضهـم مـن بعـض[1]. وهـو قـول أصحـاب أبـي حنيفة. وابن شبرمة، والثوري، ومالك.

قال أبو جعفر: وسمعت ابن أبـي عمران يقول: كان أبو حنيفة يذهب في الغرقىٰ إلى توريث بعضهم من بعض، وكان يقول: في نفسي منه شيء، ولا أجد من ألجأ إليه بما في نفسي من الأئمة؛ لأن عمر، وعلي، وابن مسعود يورثون بعضهم / من بعض، حتى حجّ فلقي أبا الزناد، فذكر ذلك له، فحدثه أبو الزناد [٣٩٢] عن خارجة بن زيد عن أبيه أنه كان لا يورث بعضهم من بعض، ويورث الأحياء من الأموات، فلما رجع إلى الكوفة أفتى بذلك، وترك ما كان عليه قبل ذلك، لحديث أبـي الزناد.

وروي عن الثوري: أنه ورث بعضهم من بعض. رواه عنه المعافى.

وروى عنه الأشجعي: أنه لا يورث بعضهم من بعض.

وقول الأوزاعي، والليث، والشافعي كقول أبـي حنيفة وأصحابه.

قال أبو جعفر: روي عن عمر، وعليّ، (وعبد الله بن مسعود: توريث بعضهم من بعض من تلاد أموالهم، ولا يورث بعضهم من بعض)[2] مما ورثه صاحبه[3].

وروي عن إياس بن عبد الله[4] ــ وكان من الصحابة ــ مثله.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ، ٦/ ٢٢٢.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٣) انظر: مصنف عبد الرزاق، ١٠/ ٢٩٥؛ السنن الكبرى، ٦/ ٢٢٢؛ مسند زيد، ٥/ ١٢٣.

(٤) في (م): (عبد) والأكثر عنه من غير إضافة كما في (م) وكما قال ابن حجر في التقريب، ويكنى أبا عوف له صحبة، وهكذا (عبد) ذكره البيهقي في إخراجه الأثر عنه، ٦/ ٢٢٣. وقال الخزرجي: (إياس بن عبد، أو عبد الله المزني» الخلاصة، ص ٤٢.

وروي عن زيد بن ثابت أنه: لا يورث بعضهم [من بعض][1] ولا يحجبون وهو قول إبراهيم.

وروى أبو الزناد: أن ميراث أهل [الحَرّة][2] قسم بين الأحياء، ولم يورث[3] الأموات بعضهم من بعض، وذلك برأي أصحاب رسول الله ﷺ عليه يومئذٍ.

قال أبو جعفر: لا يجوز أن يورثوا بالشك، كما لا يورث السقط بالشك إذا وقع ميتاً مع جواز أن يكون قد كان حيّاً قبل الولادة، ثم مات أبوه.

[٢١٤١] في ميراث الخنثىٰ[4]:

قال أبو حنيفة: إن بال من حيث يبول الغلام، فهو غلام، وإن بال من حيث تبول الجارية، فهو جارية، وإن بال منهما فمن أسبقهما، فإن لم يسبق، واحد منهما، فهو مشكل عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف، [ومحمد][5] من أكثرهما (بولاً)[6] يورث.

[٧٨/أ] وإن كان مشكلاً فإن أبا حنيفة يعطيه بأخس أحواله، فإن كان [/] أخس أحواله أن يكون ذكراً، أعطاه ذلك، وإن كان أخس أحواله أن يكون أنثى أعطاه ذلك. روى ذلك أيوب بن سليمان البصري، عن يحيى بن آدم، وذكر أنه مذهب أبي حنيفة.

---

(١) الزيادة من (م).
(٢) في الأصل: (الحرب)، والمثبت من م، وهكذا أخرج البيهقي عنه، ٦/ ٢٢٢.
(٣) في (م): (يورثوا).
(٤) انظر: المبسوط، ٣٠/١٠٣، ١٠٤؛ الكافي، ٥٥٩.
(٥) الزيادة من (م)، كما في المبسوط، أيضاً.
(٦) في (م): (ولا).

وروى محمد عن أبي حنيفة: أنه أنثى، حتى يثبت أنه ذكر، ولم يذكر أخس أحواله[1].

وذكر أبو سليمان الجوزجاني في نوادره[2] عن محمد في رجل ترك ابناً وخنثى: أن المال بينهما، للذكر مثل حظ الأنثيين، في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول ومحمد. وأما في قياس قول الشعبي: فإن أبا يوسف قال: يقسم المال بينهما على سبعة: للابن أربعة، وللخنثى ثلاثة، جعل [الخنثى][3] ثلاثة أرباع ابن.

وقال محمد على قياس قول الشعبي: للخنثى خمسة من اثني عشر، وللابن سبعة؛ لأن الخنثى إن كان بنتاً، فلها أربعة، وإن كان ابناً فله ستة، فله نصف ميراث ابن ونصف ميراث بنت، وذلك خمسة، وأما الابن فإن كان الخنثى بنتاً فله ثمانية، وإن كان ابناً فله ستة، فجعلنا له نصف ذلك، ثم رجع أبو يوسف إلى هذا القول.

قال أيوب بن سليمان: وأما الشعبي، وابن أبي ليلىٰ، وأهل البصرة / [٣٩٣] وأهل المدينة، وأصحاب الفرائض فإنهم يقولون في الخنثىٰ: له نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى، وذلك ثلاثة أرباع المال. (ويختلفون في تنزيل ذلك: فأما أهل المدينة فيقولون: إن كان ذكراً فله المال، فيجعلون له نصف المال، وإن كان أنثى فلها النصف، فيجعلون له نصف ذلك وهو الربع، فذلك ثلاثة أرباع)[4]. وقال البصريون: له النصف لا شك فيه، والشك في النصف الآخر، هل هو له، أو للعصبة[5]؟ فيجعلون له نصفه، فصار له ثلاثة أرباع المال.

---

(١) في (م): (أخس الأحوال).

(٢) في (م): (نوادر محمد).

(٣) في الأصل: (للخنثى)، والمثبت من (م).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من (م).

(٥) في (م): (هو له وللعصبة).

وقال سفيان الثوري، والحسن اللؤلؤي: لا بل لها ثلاثة أرباع ميراث للذكر[1]، فيجعلونه في كل موضع منفرداً بثلاثة أرباع ميراث الذكر.

قال: وقال أبو حنيفة: انظر إلى أخس أحواله، فأعطيه إياه، وأجعله فيما فضل مدعياً، أخبرني بـذلك يحيـى بن آدم.

قال أيوب: وقول محمد بن الحسن خلاف قول أبـي حنيفة، ولم يذكر أيوب كيف قول محمد، وقد بينه محمد بن سماعة.

قال ابن سماعة عن محمد في ابن وخنثى، قال: قول أبـي يوسف: أنه يضرب له ثلاثة أرباع نصيب ابن، يقول: إن كان غلاماً، فله أربعة، وإن كان جارية، فلها سهمان، وللغلام أربعة، وأجعل له ثلاثة، يضرب بها مع الغلام، ويضرب الغلام لنفسه بأربعة، فيكون المال بينهما على سبعة، يضرب بثلاثة أرباع نصيب الغلام[2] وهذا[3] على قياس قول الشعبـي.

وقال محمد: ولكني أضرب له بثلاثة أرباع نصيب الغلام، فأورثه نصف ميراث الغلام، ونصف ميراث الابنة[4] [/] قياس قول الشعبـي: وأضرب له [٧٨/ب] بذلك، فهو من اثني عشر سهماً: للابن سبعة، وله خمسة من قبل أنه أقل ما يكون للخنثى، أربعة إن كان جارية، وأكثر ما يكون له ستة، إن كان غلاماً، فله الأربعة على كل حال، ونصف الذي يكون له في حال، ولا يكون له في حال، فله خمسة، وأما الغلام فأقل ما يكون له ستة، إن كان الخنثى غلاماً، وأكثر ما يكون له ثمانية، إن كان الخنثى جارية، فله نصف الاثنين واحد، وله سبعة.

---

(١) في (م): (الذكر).
(٢) في (م): (ابن).
(٣) في (م): (وعلى هذا).
(٤) في (م): (الأنثى).

وقال محمد: قول أبـي يوسف في الخنثى إذا كانت معه جارية قياس [قولي][1] هذا، وفي ذلك ترك لقوله الأول في الخنثى مع الغلام.

قال أبو جعفر[2]: لم يحفظ ابن القاسم عن مالك في الخنثى مع شيئاً: لا في الميراث ولا في الشهادة ولا في غيرها.

قال: ولكني أرى أن يعتبر أمره بمثاله.

وذكر بعض حفاظ قول مالك: أنه يورث نصف ميراث الذكر، ونصف ميراث الأنثىٰ.

وقد روى أيوب عن أهل المدينة: ما قدمنا وفيهم مالك.

وقال الثوري: إذا بال منهما فشهادته وميراثه، ميراث النساء، وإذا صلّى قام مع الرجال، فإذا مات غسله الرجال. رواه الأشجعي عنه، ولم يذكر غير هذا.

وقال أبو حنيفة وأصحابه في الخنثى المُشْكِل: يصلي بين صفوف الرجال / [٣٩٤] وبين صفوف النساء، ولا يغسله الرجال بعد الموت ولا النساء، ولكنه يُيمم.

وروى أيوب عن الثوري: ما قدمنا في الميراث.

وذكر الربيع عن الشافعي قال: يعطي الخنثى ميراث امرأة إذا أشكل، وتوقف بقية المال[3] حتى يبين أمره.

وذكر المزني في كتاب الجنائز في الخنثى المشكل: أنه ييمم بعد الموت.

قال أبو جعفر: القياس أن لا يستحق إلاَّ الأقل؛ لأن ما زاد مشكوك فيه، فلا نملكه إياه إذا لم يكن مالكه[4] في الأصل.

---

(١) في الأصل: (قول)، والمثبت من (م).
(٢) في (م): (أبو حنيفة).
(٣) في (م): (الميراث).
(٤) في (م): (مالكاً له).

[٢١٤٢] في المشرّكة[١]:

قال أبو حنيفة وأصحابه في مسألة المشركة: وهي امرأة ماتت: وخلفت زوجاً، وأماً، وأخوين لأم (وإخوة،[٢] أو إخوة وأخوات لأب وأم): أن للزوج: النصف، وللأم: السدس، وللأخوين من الأم: الثلث، ولا شيء للذين من قبل الأب والأم.

وقال مالك، والشافعي: الثلث بين جميع الإخوة والأخوات بالسوية.

قال أبو جعفر: روى معمر، عن سماك بن الفضل، عن وهب بن منبه، عن الحكم بن مسعود الثقفي قال: (شهدت عمر بن الخطاب رضي الله عنه أشرك الإخوة من الأب والأم مع الإخوة من الأم في الثلث. فقال له رجل: قد قضيت عام أول بغير هذا! قال: كيف قضيت؟ قال: جعلته للإخوة للأم، ولم تعط الإخوة من الأب والأم شيئاً، قال: تلك على ما قضينا، وهذا على ما قضينا)[٣][/].

قال أبو جعفر: ولا اختلاف عن عليّ رضي الله عنه أنه لا يشرك الإخوة من الأب والأم مع الإخوة من الأم في الثلث، وأن الثلث للإخوة من الأم خاصة[٤].

وروى أبو قيس، عن هُزَيل بن شرحبيل، عن عبد الله مثل قول عليّ رضي الله عنه[٥].

وروى الأعمش، عن إبراهيم، عن عبد الله مثل قول عمر رضي الله عنه [في السوال][٦] وكذلك رواه زيد بن ثابت.

---

(١) في (م): (المشتركة). انظر: المبسوط، ٢٩/ ١٥٤؛ المزني، ١٤٠.

(٢) في (م): (وإخوة لأب وأم)، وفي المختصر: «وأخوات، وإخوة لأم، وإخوة لأب وأم». ص ١٤٥.

(٣) مصنف عبد الرزاق، ١٠/ ٢٤٩؛ السنن الكبرى ٦/ ٢٥٥.

(٤) عبد الرزاق، ١٠/ ٢٥١: السنن الكبرى ٦/ ٢٥٥؛ مسند زيد ٥/ ٥٧.

(٥) عبد الرزاق، ١٠/ ٢٥٠؛ أحكام القرآن للجصاص، ٢/ ٩١.

(٦) الزيادة من (م).

قال أبو جعفر: واحتج الشافعي بأنهم قد اشتركوا في قرابة الأم، فوجب أن يستحقوا الثلث كلهم، وهذا فاسد؛ لأنهم لا يختلفون في زوج، وأخت لأب وأم، وأخ وأخت لأب، إن للزوج: النصف، وللأخت للأب والأم: النصف، ولا شيء للأخ والأخت من الأب؛ لأنهما عصبة، فلا يدخلون مع ذوي السهام، ولم يجعل الأخ من الأب بمنزلة من لم يكن، حتى تستحق الأخت من الأب السدس الذي كانت تستحقه لو لم يكن أخ، كذلك يجب أن لا يدخل الإخوة والأخوات من الأب والأم مع الإخوة في الثلث المسمى لهم إذ[1] كانوا عصبة؛ لأن ميراثهم فيما سوى الثلث، لا في الثلث، وإنما هو فيما فضل، فإذا لم يفضل شيء، فلا شي لهم، كما قلنا: في الأخ والأخت / من الأب مع الزوج، [٣٩٥] والأخت من الأب والأم.

[٢١٤٣] في ميراث الجد مع الإخوة والأخوات[2]:

قال أبو حنيفة، وعثمان البتي: الجد بمنزلة الأب [يرث ما يرث الأب، ويحجب ما يحجب الأب][3].

وقال أبو يوسف، ومحمد، ومالك، والشافعي: بقول زيد بن ثابت في الجد، فإن كان مع الجد إخوة وأخوات لأب، فإنه يقاسم بهم الجد ما دامت المقاسمة خيراً له من الثلث، فإذا كان الثلث خيراً له من المقاسمة، أعطاه الثلث، ويقاسم بالإخوة والأخوات من الأب والأم، الإخوة والأخوات من الأب مع الجد، ثم يرد الإخوة والأخوات من الأب على الإخوة والأخوات من الأب والأم. فإن كانت أختاً واحدة لأب وأم، وأخوات لأب مع الجد، قاسمت الأخت من الأب والأم، والأخوات من الأب[4] الجد، فما أصابهن رد الأخوات

---

(١) في (م): (إذا).

(٢) انظر: المبسوط، ٢٩/ ١٨٠، ١٨٣؛ الكافي، ص ٥٦٦؛ المزني، ص ١٤٠.

(٣) الزيادة ما بين المعقوفتين من (م).

(٤) في (م): (والأم والأخوات من الأب الجد) زيادة.

من الأب على الأخت من الأب والأم، حتى يستكمل النصف، وما بقي[1] فللأخوات من الأب، ولا يرث الإخوة والأخوات من الأم مع الجد شيئاً على حال، ولا يرث بنو الإخوة من الأب والأم، ولا من الأب، ولا من الأم مع الجد شيئاً على حال.

وإذا كان مع الجد والإخوة والأخوات أحد له فريضة: امرأة، أو أم، أو زوج، أو بنت، أو بنت ابن، أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم، ثم نظر إلى ما بقي، فأعطى الجد خير الثلاثة: من المقاسمة، ومن ثلث ما بقي، ومن السدس، ولا ينقص الجد من السدس شيئاً على حال إذا ورث إلاَّ في الأكدرية: وهي زوج، وأم، وأخت لأب وأم، وجد. فإنه يكون للزوج: النصف، وللأم: الثلث، وللجد: السدس، وللأخت: النصف، ثم يؤخذ ما في يد الأخت، وما بقي في يد الجد، فيقسم بين الجد والأخت على ثلاثة أسهم: للجد: سهمان، وللأخت سهم.

[٧٩/ب] وروى هشام عن محمد أنه وقف بعد ذلك في الجد لينظر فيه. /

قال أبو يوسف: وكان ابن أبي ليلىٰ يأخذ في الجد بقول عليّ رضي الله عنه.

وقال أبو جعفر: وقول علي رضي الله عنه في ذلك ما روى محمد بن الحسن، عن السري بن إسماعيل، عن الشعبي، عن عليّ رضي الله عنه: (أنه قضى في فرائض الجد، أنه جعله أخاً إلى ستة أسهم (فقاسمهم ما كانت المقاسمة خيراً له من السدس) فإن نقص حظه من السدس إذا قاسمهم أعطى السدس كاملاً، وإن كانت فريضة من البنات، أو الأم، أو المرأة، أو الزوج، أو ما سوى ذلك من الورثة، أعطى أهل الفرائض فرائضهم، وقسم ما بقي بين الجد والإخوة، الجد كأحد الذكور من الإخوة ما بلغ حظه السدس فما فوقه،

---

(١) في (م): (ما بقي) (ما في).

ولا ينقص من السدس شيئاً، وكان[1] ما بقي بين الإخوة والأخوات للذكر / مثل [٣٩٦] حظ الأنثيين)[2].

وإن استوفى أهل الفرائض فرائضهم، ولم يبق إلاَّ السدس، فهو للجد من قبل أن الجد لا ينقص من السدس شيئاً، ولا يرث الإخوة من الأم ولا [بنو] الإخوة للأب والأم [مع][3] الجد شيئاً، ولا يعتد بأخ من أب، مع أخ من أب وأم، فإن كان أخ لأب وأم، وأخت لأب، وجد: أعطي الجد: النصف، وللأخ للأب والأم: النصف، وليس لأخيه من الأب شيء، ولا يعطى الجد (مع)[4] الولد إلاَّ السدس، ذكراً كان أو أنثى، إلاَّ أن يكون (هو)[5] العصبة، فيعطى ما بقي.

فإن كانت ابنة الصلب، أو ابنة ابن أو أكثر من ذلك من البنات، (ومعهن أخت أو أكثر من ذلك من الأخوات للأب)[6]، والجد: فللبنات: فرائضهن، وللجد: سدس المال، وللأخوات: ما بقي، وبنات الابن بمنزلة البنات إذا لم تكن بنات لصلبه، والأخوات من الأب بمنزلة الأخوات من الأب والأم، إذا لم تكن أخوات من الأب والأم.

قال أبو جعفر: وروى إسماعيل بن أبـي خالد، عن الشعبـي قال: حدثت أن علياً رضي الله عنه كان ينزِّل بني الأخ مع الجد منازل آبائهم، ولم يكن أحد من أصحاب رسول الله ﷺ يفعله غيره.

---

(١) في (م): (وكذلك).
(٢) مصنف عبد الرزاق، ١٠/٢٦٨؛ المحلى، ٩/٢٨٤، ٢٩٤؛ السنن الكبرى، ٦/٢٤٩.
(٣) الزيادة في موضعين من (م).
(٤) في (م): (من).
(٥) في (م): (من).
(٦) العبارة في الأصل: (ومعهن أخت أو أكثر من ذلك من البنات) وبعدها العبارة الواردة، المتفقة مع (م). ومن ثم يظهر تكرارها.

وقد روينا عنه خلافه في رواية السري بن إسماعيل، عن الشعبي، وهذا أولى لموافقته أقاويل الصحابة.

وقال عبد الله بن مسعود في فرائض الجد: (إنه إذا وافق إخوة ذكوراً وإناثاً، أنه كأحد الذكور ما أصابه الثلث، فإن نقص حظه من الثلث، أعطي الثلث كاملاً، وقسم ما بقي بين الإخوة والأخوات، للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كانت معه فرائض أعطي أهل الفرائض فرائضهم، وقسم ما بقي بينه وبين الإخوة: الجد كأحد الإخوة، إلاَّ أن ينقص حظه من السدس، فإن نقص حظه من السدس، أكمل له سدس المال، وقسم ما بقي بين الإخوة والأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن كان: جد وأخوات ليس معهن أخ. فللأخوات: الثلثان، وللجد: ما بقي، وإن كانت أختاً واحدة: فلها النصف، وللجد ما بقي / وإن كان جد [٨٠/أ] وأخوات ومعهن فرائض سوى البنات: أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم، وأعطى الأخوات والأخت فرائضهن، وأعطي الجد ما بقي، فإن كان الذي بقي أقل من السدس (ألحق لهم سهماً من الحساب السدس)[1]. فإن كانت الفريضة من البنات واحدة أو أكثر منها، وكانت فرائض سوى ذلك أو لم يكن، أعطي من كان فيها من فريضته، ولكل وارث ما سمي له، ويقسم ما بقي بين الجد وبين من كان معه من الأخوات، [هو][2] كأخ إلاَّ أن يكون ما يصيبه أقل من سدس المال، / فيكمل له سدس المال. [٣٩٧]

وإن كانت أم، وجد، ومعها فرائض، فإن [الأم][3] لا تعطى ثلث المال كاملاً إلاَّ أن يكون الذي يصيب الجد الثلث منه، وكره أن يفضلها على الجد، وكان لا يعتد بالإخوة من الأب مع الإخوة من الأب والأم مع الجد، ولا يحجبه بهم.

---

(١) في (م): (الحق لهم السدس سهماً من الحساب السدس).
(٢) في الأصل: (هن)، والمثبت من م.
(٣) في الأصل: (الإمام)، والمثبت من م.

وإن كانت أخت لأب وأم، وإخوة لأب، وجد: فإن للأخت من الأب والأم: النصف، وللجد: النصف، ولا يرث الإخوة من الأب شيئاً، إلاَّ أن يكون مع الأخت للأب والأم أخت لأب، أو أكثر منها من الأخوات للأب، لا أخ معهن، فإن للأخت للأب والأم: النصف، وللأخوات للأب سهم تكملة الثلثين، وللجد ما بقي.

ولا يرث مع [الجد][1] أخ لأم، ولا بنو أخ. والأخوات من الأب بمنزلة الأخوات من الأب والأم، إذا لم تكن أخوات لأب وأم، في جميع ما ذكرنا)[2].

وروي عن الأعمش، عن إبراهيم أن عمر، وابن مسعود كانا يكرهان أن يفضلا أمّا على جدّ[3].

وقال إبراهيم عن مسروق: (إن ابن مسعود كان يقول في ابنة وأخت وجد، من أربعة أسهم: للابنة: النصف، وللأخت سهم، وللجد سهم، وإن كانت أختين وابنة وجداً: كانت من ثمانية: للابنة: النصف أربعة، وللجد سهمان، وللأختين سهمان. وإن كن ثلاث أخوات، كانت من عشرة: للابنة النصف: خمسة، وللجد سهمان، ولكل واحدة سهم [سهم][4] في قول عبد الله إذا كانت فرائض. فإن كانت المقاسمة خيراً له أعطاه، وإن كان ثلث ما يفضل بعد الفريضة خيراً له، أعطاه، وإن كان السدس خيراً له من هذا، أعطاه السدس)[5].

---

(١) في الأصل: (أحد).

(٢) انظر: مصنف عبد الرزاق، ١٠/٢٦٨؛ السنن الكبرى، ٦/ ٢٥٠؛ المحلى، ٩/ ٢٨٥؛ اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص ٨٤؛ انظر بالتفصيل مسائل الجد والإخوة في مذهب ابن مسعود رضي الله عنه. موسوعة فقه ابن ابن مسعود (للدكتور قلعجي)، ص ٥٤؛ وما بعدها.

(٣) انظر: السنن الكبرى، ٦/٢٥٢؛ المحلى، ٩/ ٢٨٩.

(٤) في الأصل: (منهم) وساقطة من (م)، والمثبت من السنن الكبرى.

(٥) انظر: مصنف عبد الزاق، ١٠/ ٢٧٠؛ السنن الكبرى، ٦/ ٢٥٠؛ المحلّى، ٩/ ٢٩٠.

وروي عن عمر بن الخطاب [في ذلك مثل][1] قول زيد بن ثابت.

وعن أبـي بكر الصديق، وعبد الله بن عباس: (أن الجد بمنزلة الأب، قال ابن عباس: ما ذكر الله تعالىٰ جداً ولا جدة [إلاَّ أنهم آباء][2]. ﴿وَٱتَّبَعْتُ مِلَّةَ ءَابَآءِىٓ إِبْرَٰهِيمَ وَإِسْحَٰقَ وَيَعْقُوبَ﴾ [يوسف/٣٨]).

قال أبو جعفر: لم يختلفوا أن الإخوة من الأم لا يرثون مع الجد، كما لا يرثون مع الأب، وكان الجد كالأب في حجبهم، كذلك في حجب الإخوة والأخوات من الأب والأم.

وأيضاً اتفقوا: أن بني الإخوة والأخوات من الأب والأم لا يرثون مع الجد، وكذلك آباؤهم، كما لم يرثوا مع الأب، ألا ترى أن الأخ للأب أولىٰ بالميراث من العم / ، وكذلك ابن الأخ أولىٰ من العم، فلو كان الأخ يستحق الميراث مع الجد، لكان ابنه بمنزلته إذا لم يكن أخ. [٨٠/ب]

فإن قيل: فالأخ من الأب والأم أولى بالميراث من الأخ للأب، ثم لم يكن ابن الأخ من الأب والأم أولىٰ به من الأخ للأب.

قيل له: الأخ من الأب والأم، والأخ من الأب هما جميعاً إخوان للميت، وإنما صار الأخ من الأب والأم أولىٰ به لأن معه زيادة أم، فإذا لم يكن أخ لأب وأم، كان الأخ من الأب أولىٰ؛ لأنه أخ. وأما العم فليس بأخ، وكان ابن الأخ أولىٰ ، وكذلك الجد ليس بأخ، وكان ينبغي أن يقوم ابن الأخ مقام أبيه مع الجد، فلما لم يكن كذلك علمنا أن الأخ لا ميراث له مع الجد.

فإن قيل: لو كان الجد أباً، لا يستحق الثلث كاملاً، إذا تركت الميتة زوجاً

---

(١) في الأصل: (في مثل ذلك)، والمثبت من م.

(٢) في الأصل: (أنهم لآباء)، وفي (م): (أنهم آباء)، والمثبت من سنن سعيد بن منصور، ٣/١/٢٢؛ انظر: عبد الرزاق، ١٠/٢٦٤؛ المحلى، ٩/٢٨٧؛ أحكام القرآن للجصاص، ١/٨١.

وأمّاً، وجداً، وكما لو تركت زوجاً وأبوين، فلما قالوا إن للزوج النصف، وللأم الثلث، وما بقي فللجد، دل على أنه ليس بأب.

قيل له: لا يلزم ابن عباس هذا؛ لأنه لا يفرق بينه وبين الأب والأم في هذه المسألة.

وأما الآخرون فلا يلزمهم أيضاً؛ لأن الأب والأم جميعاً في درجة واحدة في القرب من الميت، فجاز أن يتحول فرض الأم إلى السدس، ولما كانت الجدة مع الأم في درجتين مختلفتين أعطيت الثلث كاملاً، ألا ترى أن بنت الصلب لها النصف، فإن كان معها ابن نقلها عن ميراثها إلى الثلث (عن منزلتها)[1]، ولو كان معها ابن ابن لم ينقلها عن فرضها، فكذلك الأم ينقلها الأب عن فرضها في مسألة الزوج والأبوين ولا ينقلها الجد.

فإن قال قائل[2]: قد رأينا فرض الأم الثلث إذا لم يكن معها إخوة، ثم كان للجدة السدس إذا [لم] تكن أم، ولم تعط الجدة سهم الأم، ولم تكن بمنزلتها كذلك الجد لا يكون بمنزلة الأب.

(قيل له)[3]: إن الجدة لم تجعل كالأم في الميراث، ولم يحكم لها بحكمها فيه بل جعل لها ميراث باين من ذلك مفارق له، مقداره أقل من مقداره، وجعلت الجدة من قبل الأب شريكة لها فيه، فدل على أنهم لم يقيموها مقام الأم، وليس كذلك الجد؛ لأنا وجدناه مع الابن يقوم مقام الأب في مقدار ميراثه، ووجدناه قد حكم له بحكم الأب في حجب الإخوة من الأم.

وقال الشافعي: لو كان الأمر إلى القياس لكان الإخوة أكثر ميراثاً من أخيهم من الجد؛ لأن قرابة الجد وقرابتهم، إنما هي بالأب، والأب لو مات

---

(١) ساقطة من (م).
(٢) في (م): (فإن قيل).
(٣) في (م): (فإن قيل).

وخلف أباه هو الجد، وبنيه وهم إخوة المتوفىٰ، لكان بنوه أكثر حظاً في الميراث من الأب، فكذلك كان يجب أن يكونوا أكثر حظاً في ميراثهم به من أخيهم من الجد.

فيقال له: قد أجمع العلماء على خلاف الواجب بهذه العلة التي ذكرتها، وأجروا الأمر على ما أجروه عليه مما يخالف موجبها، وفي إجماعهم على ترك استعمال ما ذكرت دليل على بطلان هذه العلة.

[٨١/أ] [٢١٤٤] / في الجدة هل ترث مع ابنها[١]:

قال أبو حنيفة وأصحابه، ومالك، والثوري، والشافعي: لا ترث الجدة مع ابنها.

وقال أيوب بن سليمان البصري: الناس كلهم لا يورِّثون الجدة، وابنها حيّ، ما خلا البصريين فإنهم يورثونها.

قال أبو جعفر: وفقهاء البصريين: سوار بن عبد الله، وعبيد الله بن الحسن.

قال أبو جعفر: روي عن علي، وزيد، وعثمان: أنهم كانوا لا يورثونها وابنها حيّ[٢].

وروي عن عمر، وعبد الله بن مسعود، وعمران بن حصين، وأبي الطفيل: أنهم ورثوها مع ابنها[٣].

قال أبو جعفر: اتفقوا [على] أن الأم لا تحجب الجدات[٤] كلهن، وأن

(١) انظر: المبسوط، ٢٩/١٦٩؛ الكافي، ص ٥٦٧.
(٢) انظر: مصنف عبد الرزاق، ١٠/٢٧٦؛ المحلى، ٩/٢٧٩.
(٣) انظر: المحلى، ٩/٢٧٩؛ السنن الكبرى، ٦/٢٢٦.
(٤) في (م): (تحجب الأخوات).

الأب[1] لا يحجب الجدة من قبل الأم، فوجب أن لا تحجب الجدة من قبله أيضاً.

[٢١٤٥] في الجدات إذا كان بعضهن أقرب[2]:

قال أصحابنا والثوري: الأقرب فالأقرب منهن أولىٰ بالميراث من الأبعد من قبل الأم كن، أو من قبل الأب والأم.

قال مالك والشافعي: إن كانت التي من قبل الأم أقرب، فهي أولىٰ بالميراث: وهو السدس، وإن كانت التي من قبل الأب أقرب، شاركتها التي من قبل الأم، وإن كانت (أبعد، قال مالك ولا ميراث إلاَّ لجدتين، فإن كانتا سواء في القرب، فالسدس بينهما)[3]. وإن كانت التي من قبل الأب (أبعد)، فالسدس للتي من قبل الأم[4].

قال أبو جعفر: روي عن عليّ وزيد أنهما قالا: أقربهما أولىٰ[5].

وروي عن زيد: أن الأقرب[6] إن كانت من قبل الأب اشتركتا، وإن كانت التي من قبل الأم أقرب، فهي أولىٰ، وإن استويتا اشتركتا.

(قال أبو جعفر: لما اتفقوا على أن الأقرب من قبل الأم أولىٰ وجب مثله في التي من قبل الأب)[7].

قال أبو جعفر: وحكى أيوب بن سليمان أن مالك بن أنس خالف الناس

---

(١) في (م): (الأم).
(٢) انظر: المبسوط، ٢٩/١٦٨؛ المزني، ص ١٣٩؛ الكافي، ص ٥٦٧.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٤) في (م): (الأب).
(٥) انظر: السنن الكبرى، ٦/٢٣٦؛ المحلى، ٩/٢٧٥.
(٦) في (م): (الأخت).
(٧) ما بين القوسين من م.

جميعاً، في قوله: (إنه لا يرث من الجدات أكثر من جدتين، وأن الجدة أم أب الأب لا ترث ولو لم تكن غيرها)، والناس على خلاف قوله. ثم جاء في كتابه (بما)[1] يدل على أن الجدتين(عنده)[2] اللتين ورثهما مالك، إنما هما: أم الأم، وأم الأب (دينه)[2].

وبقي بذلك أن تكون من فوقهما من الجدات ترث المتوفى على حال. وهذا غلط منه على مالك؛ لأنه لو كان كما ذكر لم تكن لإحداهما من القرب إلاَّ ما للأخرىٰ، ولم تكن فيهما قربىٰ وبُعْدَى كما ذكرهما مالك، فيما رواه ابن وهب عنه، وإنما أراد مالك بالجدتين جدة كل واحدة من الأب، ومن الأم من قبل أمه، وإن بعدت، لأن سواهما[3] من قبل أب الأب.

فأما أبو حنيفة وسائر أهل العلم سوى مالك، فإنهم يورثون أم أب الأب مع من يحاذيها من جدات المتوفىٰ من قبل أبيه ومن قبل أمه، غير الجدة أم أب (الأم)[4]، فإنها لا ترث. / [٨١/ب]

واحتج من ذهب إلى قول مالك بأن أم أب الأم لما لم ترث كان كذلك أم أب الأب، وهذا ليس بحجة له؛ لأن هذه الجدة لا ترث ابنها لو كان باقياً، فأمه أحرى أن لا ترث، وأب الأب لا يرث إذا لم يكن أب، وأمه ترث أيضاً.

وروى[5] الشعبي (أن عبد الله بن مسعود كان يشرك بين أقربهن وأبعدهن في السدس، وإن كن بمكان شتىٰ)[6].

وحكى عنه أيوب أنه كان (يورث أم أب الأم مع من له سهم من ذوي الأرحام الذين يرثون بأرحامهم.

---

(١) في (م): (ما).

(٢) ساقط من (م): في الموضعين.

(٣) في (م): (عمن سواها).

(٤) في (م): (الأب).

(٥) في (م): (عن الشعبي).

(٦) انظر: مصنف عبد الرزاق، ١٠/ ٢٧٦؛ المحلى، ٩/ ٢٧٥، ٢٧٧.

قال وروى بعضهم:)[1] لا يورثها، ولا اختلاف عنه أنه كان لا يورث جدة مع جدة هي أمها.

وروى إبراهيم أن عبد الله كان يورث[2] من الجدات ثلاثاً: جدتي الأب، وأم الأم.

وروى ليث، عن طاوس، عن ابن عباس أنه قال: (لا يرث مع الجدات الأربع)[3].

وروي نحوه عن جابر بن زيد، وعن الحسن البصري، ومحمد بن سيرين.

قال محمد بن سيرين: ثبت أن أول جدة أطعمت السدس أم أب، وكان يقول: إذا اجتمعن الجدات الأربع، فالسدس بينهن؛ لأن ذلك طعمة، وأيتهن كانت أقرب، فهي أولىٰ.

وعن مسروق أنه جاءته أربع جدات [فألقى][4] أم أب الأم، وورث سائرهن.

وعن إبراهيم مثله. وقال إبراهيم: أطعن رسول الله ﷺ وأبو بكر ثلاث جدات السدس.

قال إبراهيم: وهما جدتا[5] أبيه: أم أمه، وأم أبيه، وجدته: (أم أمه)[6].

---

(١) ما بين القوسين سقطن من م.
(٢) في (م): (لا يورث)، والمثبت هو الصحيح كما أخرجها البيهقي في السنن، ٦/ ٢٣٦.
(٣) الرواية بالسند نفسه أخرجها البيهقي بلفظ: (ترث الجدات الأربع جمع). السنن الكبرى، ٦/ ٢٣٦.
(٤) في الأصل: (وألفاً)، والمثبت من م، وكما أخرجها البيهقي في السنن، ٦/ ٢٣٦.
(٥) أخرجها البيهقي بلفظ: (جدتاك من قبل أبيك وجدة أمك).
(٦) وفي (م): (أم أمه)، والمسألة تصور إذا بعد الجد عن الميت بدرجتين ففي جدتي أبيه أضافهما إلى أبيه، وفي جدة أمه أضافها إلى الميت.

قال أبو جعفر: والحجة في أن القربىٰ منهن أولىٰ (أن العصبات والأولاد الأقرب)[1]، فالأقرب منهن أولىٰ، فكذلك الجدات.

[٢١٤٦] في الرد وتوريث ذوي الأرحام[2]:

كان أصحابنا، والثوري، والحسن بن حي، وشريك يقولون: بالرد وتوريث ذوي الأرحام ممن ليس له سهم مذكور، ولا هو عصبة إذا لم يكن غيرهم.

ومالك والشافعي: لا يردان ولا يورّثان ذوي الأرحام، ويجعلان ما فضل من ذوي السهام لبيت المال.

قال أبو جعفر: قال الله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال/ ٧٥]. ذكره في موضعين: أحدهما بعد ذكره الولاية للهجرة[3] بقوله: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُم مِّن وَلَايَتِهِم مِّن شَيْءٍ﴾ [الأنفال/ ٧٢].

والآخر: بقوله: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ﴾ [الأحزاب/ ٦]. فنسخ به التوارث بالحلف.

وروي عن [ابن][4] الزبير مثل ذلك في سبب نزول الآية، وذكر أنها نزلت في العصبات.

وروى زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن النبي ﷺ دعي إلى جنازة رجل من الأنصار، فقال لهم رسول الله ﷺ: ما ترك؟ قالوا: ترك عمته وخالته، فقال:

---

(١) في (م): (لأن العصبات والأولاد أقرب).

(٢) انظر: المبسوط، ٢٩/ ١٩٢؛ الأم، ٤/ ٧٦؛ المزني، ص ١٤١، الكافي، ص ٥٥٦، ٥٦٢.

(٣) في (م): (بالهجرة).

(٤) في الأصل: (أبي الزبير)، والمبت من (م)، كما في معاني الآثار للطحاوي، ٤/ ٣٩٩.

اللهم رجل ترك عمته وخالته، فلم ينزل عليه شيء / فقال رسول الله ﷺ: (لا أجد لهما شيئاً)[1].

وهذا حديث منقطع لا يحتج بمثله.

وقول ابن الزبير: إنها نزلت في العصبات، ليس بحجة، وقد خالفه في ذلك جماعة من الصحابة.

وروى أبو أمامة بن سهل بن حنيف، عن عمر عن النبي ﷺ قال: (الله ورسوله مولىٰ من لا مولىٰ له، والخال وارث من لا وارث له)[2].

(وروى ابن جريج، عن عمرو بن مسلم، عن طاوس، عن عائشة، عن رسول الله ﷺ أنه قال: (الخال وارث من لا وارث له)[3].

وروى شعبة عن بُدَيل[4] بن ميسرة العقيلي، عن راشد بن سعد، عن أبي عامر الهوزني، عن المقدام بن معدي كرب، أن رسول الله ﷺ قال: (من ترك كلاً فإليّ، ومن ترك مالاً فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له: أعقل عنه وأرثه، والخال وارث من لا وارث له، يعقل عنه ويرثه)[5].

وهذه آثار متصلة عن النبي ﷺ، وهي أولى.

فإن قيل: لما ذكر العقل، دل على أنه أراد الخال الذي يكون من العصبة، وهو أن يكون من بني أعمام الميت.

---

(١) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/ ٣٩٥.

(٢) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، بلفظ (من لا ولي له)، ٤/٣٩٧؛ وعبد الرزاق، ١٩/٩.

(٣) معاني الآثار، ٤/٣٩٧؛ وأبو داود (عن طريق آخر) في الفرائض، في ميراث ذوي الأرحام (٢٩٠١).

(٤) في معاني الآثار (يزيد العقيلي).

(٥) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/٣٩٧، ٣٩٨؛ وأبو داود، في الفرائض، ميراث ذوي الأرحام (٢٨٩٩)؛ وابن ماجه (٢٧٣٨).

قيل له: أما عقل الجناية، فلم يذكره إلاَّ شعبة، وقد رواه حماد بن زيد، عن بديل بن ميسرة عن علي بن أبـي طلحة، عن راشد بن سعد عن أبـي عامر الهوزني عن المقدام بن معدي كرب قال: قال رسول الله ﷺ: (أنا مولىٰ من لا مولىٰ له، أرث ماله وأفك عانيه والخال وارث من لا وارث له، ويفك عانيه)[1].

وحدثنا الربيع بن سليمان المرادي، قال حدثنا أسد بن موسىٰ، قال حدثنا معاوية بن صالح، قال أخبرني راشد بن سعد أنه سمع المقدام بن معدي كرب يحدث عن رسول الله ﷺ قال: (الله ورسوله مولى من لا مولىٰ له، يرث ماله ويفك عنوه، والخال وارث من لا وارث له، يرث ماله ويفك عنوه)[2].

فثبت أنه إنما أراد حمل الثقل عنه بالرحم الذي بينه وبينه، لا عقل الجنايات التي يؤخذ بها.

كما روى عكرمة عن عائشة قالت: قلت يا رسول الله أخبرني عن ابن (عمتي)[3]: ابن جدعان، كان ينحر الكوماء، وكان يحلب على الماء، ، وكان يكرم الجار، ويقري الضيف، ويصدق الحديث، ويصل الرحم، ويفي بالذمة، ويفك العاني، ويطعم الطعام، ويؤدي الأمانة؟ قال: هل قال يوماً: اللهم إني أعوذ بك من نار جهنم؟ قالت: قلت لا، ما كان يدري ما نار جهنم، قال: فلا إذاً)[4]. فدل على أنه أراد ما يحمله اختياراً، لا ما يلزم بالجناية.

فإن قيل: روى محمد بن أبـي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن عبد الرحمن بن حنظلة الزرقي أنه أخبره عن مولىٰ القريش: يقال له ابن موسىٰ

(١) أخرجه الطحاوي: معاني الآثار، ٤/٣٩٨؛ بلفظ (عانه)، وبهذا اللفظ أخرجه في المشكل، ٤/ ٥. وأخرجه أبو داود في الفرائض، في ميراث ذوي الأرحام (٢٩٠٠).

(٢) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار، ٤/ ٣٩٨.

(٣) في المشكل (عمي).

(٤) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار، ٤/ ٤.

قال: كنت جالساً عند عمر، فلما صلّى الظهر، قال يا يرفأ هلم ذلك الكتاب، لكتاب / كان كتب في شأن العمة، يسأل عنها، ويستخير فيها، فأتى به يرفأ، فدعا [٨٢/ب] بقدح فيه ماء فمحا ذلك الكتاب فيه، ثم قال: لو رضيك الله لأمَرك، لو رضيك الله لأقرك)[١]. / قالوا: فهذا يدل على رفع عمر ميراث العمة. [٤٠٢]

قيل له: ابن موسىٰ لا يدرىٰ من هو، ولا يثبت مثل ذلك برواية مثله، وقد روى الشعبي (أن عمر جعل العمة بمنزلة الأخ، والخالة بمنزلة الأخت، فأعطى العمة الثلثين، والخالة الثلث)[٢].

وروي عن عليّ وعبد الله أيضاً: (توريث ذوي الأرحام)[٣].

وروي عن زيد بن ثابت: (أنه كان لا يورث ذوي الأرحام، ويجعل بيت المال أولىٰ)[٤].

قال أبو جعفر: ولما اتفقوا على أن العصبات الأقرب أولىٰ من الأبعد، كذلك ذوو الأرحام ينبغي أن يكونوا أولى من جماعة المسلمين، لأجل القرب.

فإن قيل: إنما وجب اعتبار ذلك في العصبة، فما الدليل على أن ذوي الأرحام ليسوا بعصبة أولىٰ من المسلمين.

قيل له: لأنه يجوز أن يستحق المال بالنسب الذي لا يثبت به تعصيب: مثل الأخ من الأب والأم، هو أولىٰ من الأخ للأب، بزيادة سبب الأم الذي ليس فيه تعصيب، ألا ترى أن الأخ من الأم ليس بعصبة، وقد اختلف الصحابة في وجوه الرد:

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ٦/ ٢١٣.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن، ٦/ ٢١٦، ٢١٧.

(٣) السنن الكبرى، ٦/ ٢١٧؛ عبد الرزاق، ٩/ ٢٠.

(٤) السنن الكبرىٰ، ٦/ ٢١٣.

فروى إبراهيم عن مسروق (أن عبد الله كان لا يرد على إخوة الأم مع أم، ولا على ابنة ابن مع ابنة الصلب، ولا على أخوات لأب مع أخت لأب وأم، ولا على امرأة، ولا على زوج، ولا على جدة)[١].

وروى الشعبي عنه مثل ذلك، وقال: (ولا على جدة إذا كان معها وارث غيرها).

قال الشعبي: (وكان عليّ رضي الله عنه يرد على كل وارث بحساب ما ورث من الفضل بعد الفرائض، ولا يرد على زوج، ولا على امرأة شيئاً)[٢]، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، والثوري.

وقد اختلف أهل العلم أيضاً في أشياء أُخر من هذا المعنى: من ذلك اختلافهم في بنت بنت، وبنت أخت لأب وأم.

فقال أبو حنيفة وأصحابه: الميراث لابنة البنت دون ابنة الأخت.

قال الثوري: ومن قال بالتشريك قال: الميراث بينهما نصفين، (وروي)[٣] ذلك عن عبد الله بن مسعود، ولا يعلم عن أحد من الصحابة خلافه.

قال أبو جعفر: هذا الحديث لم يرفعه إلى ابن مسعود غير زيد بن الحباب، عن الحسين بن واقِد، عن منصور، عن إبراهيم، عن علقمة، عن عبد الله. ويقال إنه مما غلط فيه زيد بن الحباب، وإنما هو موقوف على علقمة.

وقال: رواه الفضل بن موسىٰ [السِّيناني][٤] عن الحسين بن واقد، عن

---

(١) أخرجه عبد الرزاق، ١٠/ ٢٨٦؛ والبيهقي في السنن(٦/ ١٢٤٤).

(٢) مصنف عبد الرزاق، ١٠/ ٢٨٦.

(٣) في (م): (ورووا).

(٤) في الأصل (الشيباني) وفي (م): (النسائي) والمثبت من التقريب، ص ٤٤٧؛ والخلاصة، ص ٣٠٩؛ أبو عبد الله المروزي.

منصور، عن إبراهيم عن علقمة في بنت بنت، وبنت أخت، فقال: النصف والنصف.

وأما الكوفيون فينكرون هذا الحديث، ويزعمون أنه ليس / من حديث [٨٣/أ] منصور بن المعتمر أصلاً.

والقياس يدل على قول أصحابنا؛ لأنه إنما يجب أن يعتبر / للرحم الذي بين [٤٠٣] الحيّ الوارث وبين المتوفي الموروث، ولا يعتبر (النسب)[1]. الذي به يدلي؛ لأنه إنما يدلي بميت لا يرث.

واختلفوا في عمة، وابنة خالة، وابنة عمة.

فقال أبو حنيفة وأصحابه: الميراث للقربىٰ منهما.

وقال الثوري: يجعل لكل واحدة ميراث، من تدلي من عمته أو خالته، ولا تعتبر القربىٰ منهما.

[٢١٤٧] في ذوي الأرحام ومولىٰ عتاقه[2]:

قال أبو حنيفة وأصحابه، والثوري: مولىٰ العتاقة أحق بالميراث من العمة والخالة.

وقال عبد الله بن المبارك: العمة والخالة أولىٰ منه.

قال أبو جعفر: قوله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأحزاب/ ٦] يحتمل أن يراد به أنه أولىٰ من المولىٰ، فلما وجدنا الزوج والمرأة، قد يرثان مع ذوي الأرحام الذين معهم التعصيب، علمنا أن المراد به نسخ الميراث بالحلف والهجرة، وإثبات الميراث لذوي الأسباب، والولاء بمنزلة النسب.

---

(١) في (م): (السبب).

(٢) انظر: المبسوط، ٣٠/٣٨.

وقد روى سلمة بن كهيل، عن عبد الله بن شداد قال: (كان لابنة حمزة مولىٰ أعتقته، فمات المولىٰ وترك بنتاً، وابنة حمزة، فرفع ذلك إلى النبـي ﷺ، فأعطى ابنته النصف، وأعطى مولاته ابنة حمزة النصف).

فإن قيل: روى منصور عن إبراهيم أنه ذكر له خبر ابنة حمزة هذا، فقال: (إنما أعطى رسول الله ﷺ ابنة حمزة ما أعطاها من هذا طعمة)[1].

قال أبو جعفر: سمعت ابن أبـي عمران يقول: هذا كلام مستحيل؛ لأنه لا يخلو ذلك الميراث أن يكون وجب لابنة المتوفىٰ، دون ابنة حمزة، أو لابنة المتوفىٰ وابنة حمزة، فإن كان وجب لابنة المتوفىٰ [ولبنت حمزة كان ذلك ميراثاً لاطعمة، وإن كان وجب لبنت المتوفى][2] لم يكن النبـي ﷺ ليعطي حقها للغير طعمة.

وقد روى قتادة عن الحسن، عن عمران بن حصين، قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ قال: [إن ابن][3] ابني مات، فمالي من ميراثه؟ قال: السدس، فلما ولىٰ دعاه، وقال: لك سدس آخر، فلما ولىٰ دعاه وقال: السدس الآخر طعمة)[4].

وقد روي عن عليّ بن أبـي طالب رضي الله عنه: (أنه جعل الميراث للمولىٰ مع الابنة نصفين)[5].

وروي عن عبد الله بن مسعود: (أن المال كله للبنت).

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ، ٦/٢٤١.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من الأصل، والمثبت من م.

(٣) ما بين المعقوفتين زيد من السنن الكبرىٰ، ومصنف ابن أبـي شيبة.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ، ٦/٢٤٤؛ ابن أبـي شيبة، ١١/٢٩١.

(٥) حيث قضى رضي الله عنه في بنت ومولى عتاقة: «للبنت النصف، وما بقي فهو ردّ عليها، ولا شيء لمولى العتاقة». مسند زيد، ٥/١٠٥.

[٢١٤٨] **في ميراث ابن الملاعنة**[١]:

قال أصحابنا: ابن الملاعنة بمنزلة غيره في الميراث، إلاَّ أنه لا نسب[٢] له من جهة الأب، ولا قرابة بحال، وكذلك ولد الزنا، فلو ترك أخاه الذي ولد معه في بطن، وأخاً آخر لأمه، / كان لأمه السدس / ولأخويه الثلث بينهما، ثم يرد الباقي عليهم أثلاثاً على قدر مواريثهم. [٤١٤] [٨٣/ب]

وقال عثمان البتي: [ترث أمه][٣] جميع الميراث، إلاَّ أن يكون معها أحد من أهل الفرائض، فيعطى فريضته.

وقال ابن وهب عن مالك: في ولد الملاعنة وولد الزنا إذا مات ورثت أمه حقها في كتاب الله تعالىٰ، وإخوته من أمه حقوقهم، ويرث البقية موالي أمه إن كانت مولاة، فإن كانت عربية ورثت حقها، وورث إخوته من أمه حقوقهم، وكان ما بقي للمسلمين، وهو قول الشافعي.

وروى ابن القاسم سئل مالك[٤] في ملاعنة تلد غلامين توأمين في بطن واحد، فيهلك أحدهما ويترك مالاً، بأي شيء ترى أن يورثه أخوه: بوراثة الأم، أو بوراثة الأب؟. قال: بوراثة الأب، فليس هذا عندي كولد الزنا؛ لأن ذلك لا أب له، وإن هذا لو قال له أحد: ليس أبوك فلان، جلد الحد، فأرى أن يتوارث بوراثة الأب.

وقال المعافى بن عمران عن الثوري: إذا كان لابن الملاعنة أخ لأب وأم، فللأم: الثلث، وللأخ: السدس، وما بقي فيرد على الأم، دون الأخ؛ لأنها عصبة.

---

(١) انظر: المبسوط، ٢٩/١٩٨؛ المدونة، ٣/٣٨٧؛ المزني، ص ١٤١.

(٢) في (م): (لا يثبت).

(٣) في الأصل (يريد أنه) والمثبت من م.

(٤) في (م): (مثل ذلك).

وقال الفريابي عن سفيان الثوري: في ابن الملاعنة [إن] ترك ابن أخيه وجده، أن المال: لابن الأخ؛ لأنه عصبة أمه.

قال سفيان: ومن الناس من يقول: أمِتِ الأم فمن يرثها فهو يرثه.

وقال سفيان: في ابن الملاعنة ترك خالاً وخالة، فالمال للخال، وفي قول إبراهيم: الثلث للخالة، والثلثان للخال.

قال سفيان: الخال عصبة الأم.

وقال سفيان: في ابن ملاعنة ترك: بنتاً وعصبة لأمه، فللبنت: النصف، وما بقي فلعصبة أمه.

قال أبو جعفر: وروى محمد، عن السري بن إسماعيل، عن الشعبي، عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه، في ميراث ابن الملاعنة، مثل ما حكيناه عن أصحابنا، وقال في آخره: فإن مات وليست له أم، فإن عصبته عصبة أمه.

وروي عن عبد الله بن مسعود، وابن عباس: أن عصبته عصبة أمه، مثل ما رويناه عن الثوري.

وقال ابن عمر: أمه عصبته، ترثه ويرثها[1].

وقال زيد بن ثابت: إذا مات ابن الملاعنة وترك أمه، ومن سميت له فريضة، فإن لكل وارث ما سمي له، وما فضل فلبيت المال.

وقول عثمان البتي موافق لقول ابن عمر.

قال: واحتج من قال عصبته عصبة أمه أنه لما رد نسبه بالملاعنة إلى أمه، صار في الحكم من قومها، فصار قومها عصبة له، كما كانوا عصبة لها.

فيقال لهم: هو بمنزلة من كان له أب، فمات ولم يترك له قرابة من جهته،

---

(١) انظر: مصنف عبد الرزاق، ٧/ ١٢٥؛ سنن الدارمي، ٢/ ٣٦٤.

فلا تصير عصبته عصبة أمه، كذلك ابن الملاعنة، قال: وأما ما روى عن مالك في الفرق بين الملاعنة وولد الزنا، في أنهما إذا كانا توأمين / من الملاعنة، ورثه أخوه [٨٤/أ] بقرابة الأب، وفي ولد الزنا لا يرث بقرابة الأب، فلا معنى له؛ لأن النسب من جهة الأب منقطع في الحالين، فلا معنى لاعتبار نسب منقطع.

[٢١٤٩] في الإقرار[١]:

قال أصحابنا، والثوري: في رجل مات وترك ابنين، فأقر أحدهما بأخ، وجحد الآخر، أنه يعطيه نصف ما في يده.

وقال ابن أبي ليلىٰ [ومالك][٢] وعبيد الله بن الحسن: يعطيه ثلث ما في يده.

وقال ابن شبرمة: يقول له الحاكم: اعطه ما شئت، فأما أنا فلا أعطيه شيئاً، فإن قال: ليس لي أن أنكر بنصيبه، أخذت حصته التي يزعم فتصدقت بها.

وقال الليث والشافعي: لا يعطيه؛ لأن النسب لم يثبت.

قال أبو جعفر: لا يختلفون أنه لو أقر بامرأة أنها كانت زوجة [أبيه][٣] وجحد الآخر، أنه يعطيها بقدر ما تستحقه من ميراث الزوجة، على اختلافهم فيه، ولم يمنعوها من ذلك لأجل التزويج لم يثبت. فكذلك إقراره بأخ.

وأيضاً لو اشترى عبداً ثم أقر أن البائع كان أعتقه، وجحد البائع، (نفذ)[٤] العتق، ولم ينفسخ البيع.

وأيضاً لو كان وارثه مولىٰ له أعتقه، فأقر بابن للميت، فإن أعطاه نصيبه فهو

(١) انظر: المبسوط، ٣٠/ ٧٢؛ المدونة، ٣/ ٣٩١.

(٢) ما بين المعقوفتين زيد من م، انظر المدونة.

(٣) في الأصل (ابنه)، والمثبت من (م).

(٤) في (م): (بعد).

ما قلنا، وإن لم يعطه فكيف يترك في يده مال هو مقر بأنه لا يستحق منه شيئاً، وأن غيره هو المستحق له.

وأما اختلاف القائلين بإعطائه بعض ما في يده: فإن قول أصحابنا فيه أصح؛ لأن إقراره يضمن أنهما متساويان في كل جزء من المال، فغير جائز أن يبخس حظّ أحدهما؛ لأجل ظلم غيرهما لهما، كما لو غصب غاصب بعض المال، كان الباقي بين الورثة على فرائض الله تعالىٰ.

آخر كتاب الفرائض

● ● ●

انتهى الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس وأوّله:

كتاب الوصايا

فهرس المسائل الخاصة بالجزء الرابع

كتاب المزارعة

كتاب المضاربة

كتاب الإجارات

كتاب الهبة

كتاب الصدقة

كتاب الغصب

كتاب العارية

كتاب الوديعة

كتاب الصلح

كتاب الإقرار

كتاب الدعوى

كتاب الشفعة

كتاب الحوالة والكفالة

كتاب الرهن

كتاب القسمة

كتاب اللقطة والإباق

كتاب الطعام والشراب واللباس

كتاب الكراهة

كتاب الزيادات

كتاب المكاتب

كتاب الفرائض

❏❏❏